

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL PIEMONTE ORIENTALE “AMEDEO AVOGADRO”

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI DOTTORATO IN LINGUAGGI STORIA E ISTITUZIONI
XXIX CICLO
SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE: IUS 10

**IL DISEGNO DI RIFORMA PLURILIVELLO NEL SISTEMA DI CONTRASTO AL
FENOMENO CORRUTTIVO E ALLA *MALADMINISTRATION*
TRA PIANIFICAZIONE, CONTROLLI E APPALTI**

Coordinatore del Dottorato:

Chiar.mo Prof. Jörg Luther

Dottoranda:

Dott.ssa Elisa Bellomo

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Roberta Lombardi

INDICE

Premesse

CAPITOLO I

SUPERAMENTO DELL'APPROCCIO PANPENALISTICO NEL CONTRASTO ALLA CORRUZIONE: PROBLEMATICHE E PROSPETTIVE DI SVILUPPO

pp. 11 ss.

1. La corruzione in senso ampio: il concetto di *maladministration*.
2. L'emanazione della Legge n. 190/2012: le Pubbliche amministrazioni in prima linea per la prevenzione della corruzione.
3. La nascita di un'Autorità Amministrativa Indipendente competente nella lotta contro la corruzione.
4. Lo strumento della pianificazione per prevenire fenomeni di *maladministration*.
 - 4.1. Analisi dello stato dell'arte sull'attuazione e sull'efficacia della pianificazione in materia di anticorruzione.
 - 4.2. Riflessioni sulla natura dell'attività di pianificazione nel nuovo panorama amministrativo di lotta contro la corruzione.
5. Il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT).
 - 5.1. Accentramento delle responsabilità in capo al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza.
6. La Legge n.190/2012 e il D. Lgs. n. 231/2001: modelli di pianificazione e gestione del rischio a confronto.
 - 6.1. Un confronto tra i meccanismi sanzionatori nei modelli di gestione e pianificazione del rischio: la tenuta del sistema ed il "peso delle responsabilità" in capo all'R.P.C.T.
7. La trasparenza da "*patrimonio della collettività*" a strumento di lotta contro la corruzione.

CAPITOLO II

FOCUS SULLA RIFORMA DEGLI APPALTI PUBBLICI: NUOVI ISTITUTI GIURIDICI E APPROCCI DI REGOLAZIONE NEL CONTRASTO DELLA CORRUZIONE

pp. 48 ss

1. La corruzione nel settore degli appalti.
2. Evoluzione della disciplina degli appalti ed esigenze di riordino.
3. La riforma appalti: dalla bulimia normativa alla burocrazia di qualità.
4. La centralità dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella lotta contro la corruzione.
5. Istituti giuridici di prevenzione e lotta contro la corruzione nel D. Lgs. 50/2016.
 - 5.1. Conflitto di interessi.
 - 5.2. La creazione di un Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici.
 - 5.3 La programmazione degli acquisti e dei lavori pubblici.
 - 5.4. Aggregazione e centralizzazione delle committenze e qualificazione.
 - 5.5 *Rating* di impresa e di legalità.

CAPITOLO III

LINEE GUIDA ANAC ED ALTRI STRUMENTI DI REGOLAZIONE FLESSIBILE: SOSTEGNO ALLO SVILUPPO DELLE MIGLIORI PRATICHE NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI

pp. 85 ss.

1. L'ampiezza del novero degli istituti giuridici la cui disciplina è affidata ad ANAC.
2. *Soft law* e vincolatività.
3. Tentativo di razionalizzazione degli atti di regolazione flessibile di attuazione del D. Lgs.50/2016.
4. Diverse tesi sulla natura giuridica delle linee guida.
5. Considerazioni di ordine sistemico: una nuova forma di fuga dal regolamento?

CAPITOLO IV

IL RUOLO DELLA MAGISTRATURA AMMINISTRATIVA NELL'INTERPRETAZIONE DELLA RIFORMA E DI QUELLA CONTABILE A PRESIDIO DELLA LEGALITA'

pp. 112 ss.

1. La centralità della funzione consultiva del Consiglio di Stato nella riforma appalti.
2. Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida alla volta dell'interpretazione della riforma degli appalti.
3. Il ruolo della magistratura contabile a presidio della legalità.
 - 3.1. I controlli della Corte dei conti: banco di prova di tenuta per il sistema della prevenzione della corruzione.
 - 3.2. Forme di collaborazione tra Corte dei conti ed ANAC nella lotta contro la corruzione e rafforzamento del controllo della Corte dei conti nei contratti secretati.
- 4 La Corte dei conti come Istituto garante della trasparenza.

Spunti conclusivi pp. 141 ss.

Bibliografia pp. 146 ss.

Premessa

Il fenomeno corruttivo ha assunto negli anni la preoccupante forma di un apparato tentacolare a rete, caratterizzato da un enorme grado di penetrazione nel corpo vivo della pubblica amministrazione italiana, e da un'insidiosa commistione con la parte sana della stessa. In quest'ambito l'apparato dei controlli si è dimostrato piuttosto inefficace ad assicurare un elevato *standard* di legalità ed efficienza, causando sia rilevanti effetti distorsivi sia la significativa compromissione dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità, in particolare nei settori con più elevato grado di spesa pubblica come opere pubbliche, sanità e servizi, con conseguenti devastanti ricadute sull'economia nazionale.

Negli anni si è assistito a un mutamento di approccio nell'analisi e nella percezione dell'ampiezza del fenomeno corruttivo, che si è compreso non solo essere evento circoscrivibile all'ambito delle fattispecie penalmente rilevanti, ma assumere connotati di generalità, con estensione dei propri confini all'area del penalmente lecito, fino a raggiungere il campo in cui la funzione pubblica risulta caratterizzata dall'esercizio improprio e deviato della discrezionalità amministrativa. È nota la difficoltà di individuare indici di quantificazione puntuale della corruzione¹ reale, mentre si contano numerosi tentativi di misurazione della corruzione percepita, rispetto alla quale il nostro Paese si colloca in coda alle graduatorie internazionali².

In tale contesto, a partire dal contributo fornito da emeriti studiosi dell'amministrazione pubblica³ fin dalla fine degli anni Novanta, sono state enucleate alcune aree di intervento volte a ideare e implementare misure di contrasto idonee a fronteggiare il fenomeno con riforme strutturali, che non si limitino dallo strumento penale sanzionatorio, pur non potendo

¹ Si veda sul punto, tra gli altri, il documento ANAC-Presidenza del Consiglio dei Ministri recante “*Analisi istruttoria per l'individuazione di indicatori di rischio corruzione e di prevenzione e contrasto nelle amministrazioni pubbliche coinvolte nella politica di coesione*”, in www.anticorruzione.it, nonché il protocollo di intesa sottoscritto in data 20.11.2017 tra ANAC e molteplici amministrazioni pubbliche, reperibile sul sito www.sportelloanticorruzione.it avente per oggetto “*individuazione di indicatori di rischio corruzione e di prevenzione e contrasto nelle pubbliche amministrazioni*” con la finalità dichiarata di disporre di una strumentazione analitica per la misurazione dei fenomeni corruttivi nelle PA, puntando a fornire una quantificazione di indicatori di rischio di corruzione e di contrasto su base analitica.

² Da ultima graduatoria annuale 2018 di *Trasparenza international* sull'indice di corruzione percepita (CPI), che vede l'Italia al 54°. Ulteriori indici di riferimento in materia sono costituiti dal *Control of corruption Index* predisposto dalla Banca Mondiale, il *Global competitiveness index* proposto dal *World Economic Forum*, l'Eurobarometro elaborato dalla Commissione Europea, reperibile sul sito internet www.dirittopenaleglobalizzazione.it.

³ S. CASSESE, «*Maladministration*» e rimedi, in *Il Foro Italiano*, 1992, n. 9, V, pp. 243; *Idee per limitare la corruzione politica*, in *Il Corriere giuridico*, 1992, n. 7, p. 701; *L'etica pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, n. 10, p. 1097. Si v. anche M. GNES, *Italy*, in *Anticorruption Strategies within the Competences of the Supreme Audit Institutions in the European Union*, London, Esperia, 2006, p. 283.

prescindere. Tra queste, sono state segnalate in particolare due necessità: la prima riguarda il riordino dell'impatto normativo, in quanto è stato dimostrato come proprio nelle maglie dell'incertezza della legge che si annidano interpretazioni normative fuorvianti, le quali costituiscono terreno fertile per il radicarsi del fenomeno corruttivo nella gestione dei procedimenti amministrativi; la seconda concerne una più puntuale definizione della distinzione delle responsabilità degli agenti pubblici e della disciplina dei controlli, con limitazioni all'accesso alle cariche elettive per i soggetti colpiti da sanzioni penali, e una necessaria e rigorosa regolamentazione del conflitto di interessi in tutte le sue declinazioni.

È stata inoltre segnalata come imprescindibile un'azione di recupero di prestigio della funzione pubblica, con il rafforzamento dei corpi tecnici dello Stato e degli strumenti amministrativi di salvaguardia della qualità degli stessi, tra i quali: la puntuale individuazione delle ipotesi di incompatibilità rispetto allo svolgimento di impieghi pubblici; la sottrazione della selezione e della carriera dei dipendenti pubblici alla commistione con la politica; l'irrobustimento dell'attività amministrativa dei controlli e della trasparenza, al fine di garantire legalità sostanziale e integrità della condotta dei pubblici funzionari.

La prima legge italiana che ha formalmente approntato un *corpus* diversificato di misure a carattere strutturale e multilivello nel processo di lotta all'illegalità nell'ambito della Pubblica Amministrazione in ogni suo comparto, posizionando così i tasselli di una vera e propria riforma di sistema, è la l. n. 190 del 6 novembre 2012, recante *“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella Pubblica Amministrazione”*.

Tale riforma ha inciso in profondità sull'approccio alle forme di contrasto al fenomeno corruttivo, intervenendo sulle misure penali e, con riferimento alla corruzione tra privati, sulla l. n. 231/2001 recante *“Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300”* nonché sulla riformulazione dell'art. 2635 c.c. dal titolo *“Corruzione tra privati”*; essa ha inoltre introdotto un complesso sistema di pianificazione volto alla prevenzione della corruzione svolta dall'interno dell'amministrazione, evidenziando in tal modo un serio tentativo di adeguamento (seppur, come si dirà nel prosieguo, non ancora completo) agli obblighi internazionali in materia derivanti in primo luogo dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 (Convenzione di Merida), ratificata dall'Italia in forza della l. 3 agosto 2009, n. 116.

In tal senso si coglie la lungimiranza del legislatore, che affida non più al solo intervento della magistratura, ma alla stessa amministrazione pubblica gli strumenti per presidiare dall'interno sé stessa dalle componenti patologiche che la abitano, e per fornire gli anticorpi per scongiurare

il dilagare e il cronicizzarsi di fenomeni corruttivi: si impongono così la messa a regime di una pianificazione *ad hoc* e di misure preventive, atte a consentire l'immediato isolamento e la sanzione degli eventi corruttivi, alla cui individuazione ed "espulsione" è chiamata, in primo luogo, l'amministrazione stessa.

La legge n. 190/2012, nota all'opinione pubblica come legge "anticorruzione", contiene una in parte una disciplina diretta e auto applicativa con riguardo al sistema di prevenzione e repressione dell'illegalità nell'ambito della Pubblica Amministrazione, in parte mediante delega, rimandando alla disciplina attuativa la determinazione di alcuni aspetti o settori della materia.

Corollario del nucleo centrale della legge anticorruzione e snodo fondamentale della riforma "*di sistema*" è l'intervento sulla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi: a partire dall'art. 5 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, ha mutato la propria natura in senso espansivo, passando da diritto individuale (o intestato a portatori di interessi), soggetto a limitazioni in relazione al profilo della legittimazione soggettiva (art. 22 e ss. l. n. 241/1990), a strumento per addivenire all'*opened approach*, alla luce del principio del *maximum disclosure*, sotteso al d.lgs. n. 97/2016 (di modifica dello stesso d.lgs. n. 33/2013), avente oggetto il "*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*", ispirato nelle sue radici ideali dal cosiddetto "*Freedom of Information act*" (FOIA) nordamericano⁴.

Nella visione del legislatore delegato la trasparenza assurge quindi, per tale via, a "*patrimonio*" della collettività⁵, poiché il controllo diffuso sulle modalità di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione prescindono dalla titolarità di situazioni giuridiche rilevanti.

Nel complessivo disegno del legislatore della riforma, lo strumento dell'accesso civico costituisce indubbiamente la chiave di volta imprescindibile di ogni progetto di contrasto alla corruzione; posto che quest'ultima, con immagine metaforica, trova il proprio brodo di coltura nel buio degli uffici serrati e dei cassetti chiusi, mentre si dissolve nella chiarezza della "trasparenza", che riporta nella disponibilità dei cittadini la conoscenza puntuale dei processi decisionali⁶.

In tale quadro di interventi, attuativi della l. n. 190/2012, si inserisce altresì il d. l. n. 174/2012 convertito nella l. n. 213 del 7 dicembre 2012, recante "*Disposizioni urgenti in materia di*

⁴P. RIVELLO, "*L'evoluzione normativa volta a fronteggiare i fenomeni corruttivi*", in www.dirittopenaleglobalizzazione.it

⁵ C. MARZUOLI, "*La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*", in G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI, F. MERLONI (a cura di), *La Trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, p.45 e ss.

⁶ F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M.T. SEMPREVIVA, "*L'accesso ai documenti amministrativi*", Milano, 2007, pp. 1 e 14.

finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012”. Con questo decreto-legge il legislatore delegato ha introdotto norme rilevanti al fine di garantire la pubblicità delle informazioni economiche e patrimoniali degli amministratori, oltre a misure volte a promuovere la virtuosità finanziaria degli enti attraverso il rafforzamento del sistema dei controlli interni ed esterni. In tale ottica sono stati attribuiti nuovi incisivi poteri di controllo in capo alla Corte dei conti nella verifica di legittimità e regolarità nella gestione finanziaria delle Regioni e degli enti locali (oltre ai Gruppi consiliari degli enti locali). Inoltre, anche nell’ottica dei provvedimenti destinati alla riduzione dei costi della politica, con finalità di verifica di legittimità e regolarità delle gestioni degli enti, sono stati riformati e rafforzati i controlli interni agli stessi: controllo di regolarità amministrativa e contabile; di gestione; strategico; della qualità di servizi erogati; sulle società non quotate; di verifica degli equilibri finanziari della gestione. La norma introduce altresì misure volte a preservare il riequilibrio finanziario pluriennale in ipotesi di squilibri strutturali di bilancio, tali da determinare dissesti finanziari degli enti locali.

Ancora in attuazione della l. n. 190/2012 (art. 1, comma 63) sono intervenuti il d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 recante *“Testo unico della disposizioni in materia di incandidabilità e divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi...”* e il d.lgs. n. 30 dell’8 aprile 2013 recante *“Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell’articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190”*.

Il sistema di prevenzione dei fenomeni corruttivi ideato dal legislatore in senso ampio si fonda tanto sull’elaborazione di nuovi istituti giuridici, quanto sul rafforzamento di quelli esistenti. Tra i primi ha assunto rilievo particolare la pianificazione su modello privatistico, la cui predisposizione, e attuazione, è demandata alle singole amministrazioni, tenute a esplicitare tanto le valutazioni circa il rischio di insinuazione del fenomeno corruttivo nelle maglie della loro compagine, quanto la gestione e repressione interna dello stesso.

Un successivo intervento normativo, che ha apportato innovazioni nelle strategie di contrasto ai fenomeni corruttivi, è costituito dalla riforma della disciplina dell’affidamento degli appalti di lavori, servizi e forniture da parte delle pubbliche amministrazioni, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dal titolo *“Codice dei contratti pubblici”* in recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e, contestuale introduzione nell’ordinamento di un sistema di regolazione nella materia degli appalti, coerente, semplificato, unitario, trasparente ed armonizzato alla disciplina europea.

In questo caso il legislatore ha voluto intervenire sul piano della qualità della regolazione, al fine di ridurre la possibilità che i fenomeni corruttivi si insinuino nelle maglie di una legislazione complessa e farraginosa. Così la riforma appalti, per la prima volta in Italia, è stata pensata come strumento legislativo di prevenzione del fenomeno corruttivo.

Il cuore della riforma appalti, che impatta anche sul sistema delle fonti, è infatti rappresentato dalla sostituzione del regolamento attuativo delle disposizioni di legge con strumenti di regolazione flessibile emanati dall'Autorità nazionale anticorruzione (di seguito anche "ANAC") e dai Ministeri (talvolta in collaborazione tra loro), immaginati in grado di diminuire maggiormente gli spazi per l'esplicarsi di fenomeni corruttivi, che possono svilupparsi maggiormente proprio avvantaggiandosi della farraginosità della normativa.

Ciò premesso, il presente studio intende fornire un'analisi quanto possibile completa dell'impatto determinato dalla riforma sul sistema di regolazione delle misure preventive della corruzione, tanto a livello legislativo quanto amministrativo, in una fase di loro già compiuta maturazione.

In particolare, nel primo capitolo sarà analizzato lo stato dell'arte sulla pianificazione e gestione del rischio a sei anni dall'emanazione della prima legge in materia, unitamente alla scelta di centralizzare, in capo al responsabile della prevenzione e della corruzione, le responsabilità circa la predisposizione e il controllo delle misure di attuazione. Sarà altresì oggetto di indagine la scelta di istituire un'autorità dai poteri rafforzati nella materia della corruzione (ANAC), attribuendo alla stessa ampi margini di incidenza nell'attività organizzativa delle pubbliche amministrazioni e di regolazione nella materia degli appalti.

Nel secondo capitolo sarà analizzata l'evoluzione della disciplina appalti e le scelte legislative volte a riordinare complessivamente la materia, con il fine di prevenire il fenomeno corruttivo in uno dei settori maggiormente esposti e a rischio.

Infine, nell'ultimo capitolo, si approfondirà il tema della valenza giuridica delle linee guida emanate dall'ANAC, diventato fulcro della disciplina in materia di concorrenza: in particolare, si porrà l'attenzione sulla natura dell'autorità stessa, sia in qualità di erede delle funzioni dell'autorità in materia di concorrenza e mercato, sia di ente regolatore. Si approfondiranno quindi le ragioni poste a fondamento, e le conseguenze, della scelta del legislatore di attribuire nuovi poteri a tale autorità, che non si limita solo a fornire suggerimenti con valenza di indicatori di buone prassi, ma adotta atti con valenza para normativa. Registrando in tale scelta una ulteriore conferma del fenomeno già in passato qualificato come "fuga dal regolamento", ci si soffermerà sulla collocazione degli atti di regolazione flessibile nel sistema delle fonti del diritto. Ulteriore approfondimento sarà dedicato al ruolo delle autorità tradizionalmente poste a

presidio del sistema della legalità nelle pubbliche amministrazioni, con funzioni principalmente repressive delle pratiche corruttive: si andrà, nel presente studio, ad analizzare ulteriori ambiti di intervento delle magistrature contabile e amministrativa, evidenziando altresì le sinergie sempre più marcate tra i distinti ruoli e le azioni di contrasto della magistratura della Corte dei conti, del Giudice amministrativo e di ANAC, in particolare nella materia appalti.

CAPITOLO PRIMO

SUPERAMENTO DELL'APPROCCIO PANPENALISTICO NEL CONTRASTO ALLA CORRUZIONE:

PROBLEMATICHE E PROSPETTIVE DI SVILUPPO

SOMMARIO: 1. La corruzione in senso ampio: il concetto di *maladministration*. 2. L'emanazione della Legge n. 190/2012: le Pubbliche amministrazioni in prima linea per la prevenzione della corruzione. 3. La nascita di un'Autorità Amministrativa Indipendente competente nella lotta contro la corruzione. 4. Lo strumento della pianificazione per prevenire fenomeni di *maladministration*. 4.1. Analisi dello stato dell'arte sull'attuazione e sull'efficacia della pianificazione in materia di anticorruzione. 4.2. Riflessioni sulla natura dell'attività di pianificazione nel nuovo panorama amministrativo di lotta contro la corruzione. 5. Il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT). 5.1. Accentramento delle responsabilità in capo al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. 6. La Legge n.190/2012 e il D. Lgs. n. 231/2001: modelli di pianificazione e gestione del rischio a confronto. 6.1. Un confronto tra i meccanismi sanzionatori nei modelli di gestione e pianificazione del rischio: la tenuta del sistema e il "peso delle responsabilità" in capo all'RPCT. 7. La trasparenza da "*patrimonio della collettività*" a strumento di lotta contro la corruzione.

1. La corruzione in senso ampio: il concetto di *maladministration*.

Il termine "corruzione" deriva dal verbo latino *corrumpere*, e letteralmente significa "decomporre" o "disfare" qualcosa. L'etimologia della parola consente di cogliere con pienezza le modalità attraverso le quali il fenomeno corruttivo si infiltra e rovina dall'interno gli apparati della pubblica amministrazione, minandone talvolta irreparabilmente il corretto e regolare funzionamento.

La corruzione è disciplinata dal nostro Codice penale all'interno degli artt. 318-322, là dove si tratta dei delitti commessi dai pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione. In prima battuta, essa può essere definita come un particolare accordo (*pactum sceleris*) tra un funzionario pubblico e un soggetto privato, mediante il quale il primo accetta dal secondo un compenso che non gli è dovuto, per compiere un atto relativo alle proprie mansioni.

Oltre all'ambito penalistico, l'ipertrofia della regolamentazione, unita alla complessità dei procedimenti, in assenza di puntuali controlli, ha condotto a enucleare un'accezione più ampia del fenomeno, connessa al malcostume nella gestione della sfera pubblica, da contrastare con strumenti anche di natura amministrativa.

A tale proposito, in dottrina è stata rimarcata la diversità della nozione amministrativistica rispetto a quella penalistica di corruzione, "*che rinvia non solo a condotte penalmente rilevanti, ma anche a condotte che sono fonte di responsabilità di altro tipo o non espongono ad alcuna sanzione ma sono comunque sgradite all'ordimento giuridico*" quali "*conflitti di interessi, nepotismo, clientelismo, partigianeria, occupazione di cariche pubbliche, assenteismo, sprechi*"⁷.

⁷ B.G. MATTARELLA *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*; dello stesso autore *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007; *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, (a cura di) R. CAVALLO PERIN, F. MERLONI, Milano, 2009.

Funzionari malintenzionati possono utilizzare l'eccessiva burocrazia, insieme all'elevato tecnicismo dell'attività amministrativa, per gestire i procedimenti amministrativi (si pensi quelli autorizzativi) a proprio vantaggio inducendo i privati a pensare che, per arrivare alla conclusione, si debba in qualche modo incentivare una forma di comportamento illecito, e così far meglio funzionare la macchina pubblica. In altre parole, più i procedimenti sono complessi e più è facile intervenire per semplificarli chiedendo qualcosa in cambio. Siffatti comportamenti sono certamente agevolati dalla farraginosità legislativa che comporta una più complessa interpretazione delle disposizioni.

Dunque, al fine di fornire una definizione di corruzione per come più attualmente si ripresenta, occorre accostare i codificati aspetti penalistici a comportamenti secondo un'accezione *“sociologica di “cattiva amministrazione” che non rilevano sul piano della risposta repressiva, ma che si traducono nel piegare a un interesse privato un bene pubblico”*⁸.

Il livello di radicamento della corruzione nell'ambito del sistema pubblico italiano ha del resto raggiunto una soglia così fortemente critica da trovarsi di fronte al paradossale convincimento di *“normalizzazione della corruzione”*. In altre parole, i comportamenti corruttivi sono percepiti come così tanto intrinseci degli aspetti caratterizzanti i rapporti sociali, politici ed economici, da non giudicare il malaffare come estirpabile, quanto piuttosto come una malattia con cui convivere.

Alcuni studiosi parlano di un rischio concreto di *“diffusione di una cultura contro valoriale che faccia percepire come normale la corruzione. Il corrotto smette di essere un ladro che ruba a tutti perché la cultura della corruzione può spingere a ritenere che chiunque al suo posto si sarebbe comportato a suo modo”*⁹.

Nell'ambito di tale inversione valoriale il rapporto tra legalità e illegalità si è completamente rovesciato, fino al punto da poter assistere, senza che in alcuni generi particolare sgomento, a una teorizzazione dell'illegalità, per cui sarebbe *“colpa dei magistrati, perché è vero che ci poteva essere la corruzione, ma non puoi trasformare per un po' di corruzione... non puoi distruggere tutto. Questo è il punto del problema, cioè la legalità: non è un valore, è una condizione, e quindi se tu la tratti come l'unico valore che un paese ha, scassi tutto... l'illegalità c'è in tutto il mondo, bisogna trattarla con normalità”*¹⁰.

⁸ N. PARISI, *Verso l'emersione di un modello internazionale di prevenzione della corruzione*, Focus America Latina, 1 – 22 dicembre 2017, reperibile in www.federalismi.it.

⁹ M. CORRADINO, *È normale...lo fanno tutti. Storie dal vivo di affaristi, corrotti e corruttori*, Milano, 2016.

¹⁰ M. CORRADINO, *op. cit.* richiama, a pag. 9, alcune testate giornalistiche come il fattoquotidiano.it 15 maggio 2014. Sempre attuale sulla tematica lo studio di P. CALAMANDREI, *Patologia della corruzione parlamentare*, Roma, 2017 (edizione ristampa).

Sempre evidenziando gli aspetti paradossali della percezione del fenomeno, alcuni studi hanno analizzato il rapporto tra tempo e utilizzo della “tangente”, mettendo in rilievo come la corruzione possa (incredibilmente e amaramente) essere intesa come *“fattore di crescita delle imprese, consentendo di superare l’inefficienza della burocrazia, risparmiare tempo e acquisire complicati provvedimenti autorizzati che, diversamente, avrebbero rischiato di non ottenere o avrebbero ottenuto con maggiori costi di transazione”*¹¹.

Sempre sull’onda di qualche spunto sociologico, prima di entrare pienamente nella sfera di analisi giuridica, l’ampiezza del fenomeno della corruzione in politica e nella pubblica amministrazione interroga anche i profili della morale pubblica, fino al punto di sollecitare importanti riflessioni sociologiche sul tema anche tra le più elevate cariche religiose. Papa Jorge Mario Bergoglio ha affermato: *“il corrotto non si accorge del suo stato di corruzione [...] La corruzione non è un atto ma uno stato, uno stato personale e sociale nel quale uno si abitua a vivere. I valori (o i non valori) della corruzione sono integrati in una vera cultura con capacità dottrinale, linguaggio proprio, maniera peculiare di procedere. È una cultura di pigmeizzazione, in quanto convoca proseliti con il fine di abbassarli al livello di complicità ammesso”*¹².

Nel documento ufficiale del Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace del mese di ottobre 2006 *Lotta contro la corruzione*¹³ si afferma che la corruzione *“mina nel profondo il valore della legalità”*.

Proprio il diverso modo di manifestarsi del fenomeno corruttivo, di cui anche gli studi sociologici hanno dato conto, ha comportato una modifica all’approccio giuridico. Oltre che sull’ampliamento delle fattispecie penalmente rilevanti¹⁴ – ancora e in ogni caso recente oggetto

¹¹ N. FIORINO - E. GALLI, *La corruzione in Italia*, Mulino, Bologna, 2013, pp. 55 ss.

¹² F. J. M. BERGOGLIO, *Guarire dalla corruzione*, Emi, Bologna 2013.

¹³ Nel documento si afferma che il danno non è soltanto economico e sociale, ma anche etico e politico, poiché *“la corruzione compromette il corretto funzionamento dello Stato, influenzando negativamente sul rapporto tra governanti e governati, introducendo una crescente sfiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni pubbliche”*. Essa *“priva i popoli di un fondamentale bene comune, quello della legalità, che è una delle chiavi dello sviluppo, in quanto permette di stabilire corretti rapporti tra società, economia e politica”*. La corruzione, inoltre, incrementa la criminalità ed è da questa alimentata.

¹⁴ La l. n. 190/2012 ha introdotto modifiche al reato di corruzione, adeguando la fattispecie tipica a nuove modalità di consumazione del reato. Nell’art. 318 c.p. trova disciplina il reato di corruzione, nella forma propria e impropria; quest’ultima risulta modificata, proprio con l’intervento della l. n. 190/2012, nel reato di *“corruzione per l’esercizio delle funzioni”*. Intervento modificativo rilevante, posto che ha riguardato non solo la denominazione della fattispecie, ma ha determinato un ampliamento della punibilità anche alla corruzione impropria susseguente. La riforma ha altresì consentito la repressione del fenomeno dell’asservimento della pubblica funzione agli interessi dei privati, spostando l’accento sull’esercizio di *“funzioni o poteri”* del pubblico funzionario: si tratta della ipotesi in cui la dazione di denaro o di altre utilità non è direttamente correlata al compimento o all’omissione o al ritardo di uno specifico atto ma alla generica attività e poteri demandati al soggetto pubblico.

di attenzione legislativa¹⁵, la legge n.190/2012 ha inciso infatti anche su quello di prevenzione della corruzione.

Con il presente studio si intende trattare più specificatamente di prevenzione della corruzione, a quasi tre anni dall'emanazione della prima legge organica in materia.

Con la legge n. 190/2012 sono state introdotte specifiche misure amministrative di natura preventiva volte a combattere il dilagare della *maladministration*¹⁶.

Con questa espressione si intende qualsiasi atto, fatto o comportamento “parassita” rispetto al corretto utilizzo delle risorse economiche del Paese, che consegue a decisioni deviate a causa dell'amalgamarsi di interessi personali illeciti con il perseguimento dell'interesse pubblico generale volto al conseguimento del bene comune. Si tratta, cioè, di atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano la fiducia dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse¹⁷.

Sotto questo profilo di più ampio respiro, il comportamento corruttivo, prima di diventare penalmente perseguibile (o mai diventarlo in quanto non formalmente sussumibile in una fattispecie penalmente rilevante), rappresenta una piaga sistemica che determina una “rottura” nella corretta organizzazione e nel funzionamento dell'apparato pubblico, chiamato a perseguire il bene pubblico e il pubblico interesse.

I comportamenti di “cattiva gestione della cosa pubblica” possono concretizzarsi, a titolo esemplificativo e non esaustivo, nel cattivo funzionamento degli apparati pubblici, oppure nell'inadeguatezza e inefficienza di servizi e forniture pubbliche, o ancora in dolosi ritardi nella conclusione di procedimenti amministrativi che, stranamente, giungono a una veloce conclusione a seguito di accordati favoritismi o promesse di conseguimento di vantaggi della più svariata natura¹⁸. Le conseguenze di simili situazioni sono nefaste: la cattiva gestione della cosa pubblica può, infatti, comportare la perdita di competitività e l'alterazione della

¹⁵ Legge 9 gennaio 2019, n. 3 recante “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*” pubblicata in GU n.13 del 16.01.2019, in vigore dal 30.01.2019. Il rafforzamento del contrasto dei reati contro la Pubblica Amministrazione si articola in una serie di misure volte a inasprire le pene principali e accessorie per i reati di corruzione, rendere più efficaci le indagini preliminari e limitare l'accesso dei condannati ai benefici carcerari.

¹⁶ S. CASSESE, *Maladministration e rimedi* (Relazione al Convegno dell'Università commerciale Luigi Bocconi sul tema “*Trasparenza amministrativa e riforme istituzionali: proposte per l'Italia in chiave europea*”, Milano, 14 luglio 1992), in *Foro Italiano*, 1992, fasc. 9, pt. 5, pp. 243-250.

¹⁷ Definizione tratta dall'aggiornamento ANAC al Piano Nazionale Anticorruzione, 2015 reperibile sul sito internet www.anticorruzione.it.

¹⁸ CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, (a cura di) F. MERLONI – L. VANDELLI, Firenze, 2010, 92.

concorrenza, oltre che minare la credibilità delle istituzioni nazionali¹⁹. Il sistema che ne deriva è paragonabile a un disegno in cui lecito e illecito si confondono in una miriade di diverse sfumature che rendono i contorni sempre meno limpidi.

Dinnanzi all'ampiezza di fenomeni che possono essere inclusi nel concetto di *maladministration*, come anticipato nelle premesse, è nota la difficoltà di individuare indici di quantificazione puntuale della corruzione²⁰ reale, mentre si contano numerosi tentativi di misurazione della corruzione percepita, rispetto alla quale il nostro Paese si colloca in coda alle graduatorie internazionali.

Misurare la corruzione reale risulta particolarmente complesso stante la natura stessa del reato, la quale prevede sia una vittima (il bene pubblico, la democrazia, lo Stato, i diritti dei cittadini, l'uguaglianza), sia una comunanza di interessi fra corrotto e corruttore che rende più facile dissimulare o nascondere il delitto. Queste caratteristiche rendono quello di corruzione un reato molto diverso rispetto agli altri, come per esempio quelli di furto e rapina, i quali comportano da una parte la quasi sistematica denuncia da parte della vittima, dall'altra l'elaborazione di peculiari strategie da adottare non solo per contrastarli ma altresì per misurarli.

Visto il livello di sommerso e la molteplicità delle manifestazioni del fenomeno, è evidente come i dati giudiziari non possano inglobare e rappresentare l'effettiva realtà.

Tuttavia, lo sforzo di misurare il fenomeno corruttivo, piuttosto che costituire mero esercizio di stile teorico, è uno degli elementi fondamentali su cui si sviluppa il sistema di prevenzione e di lotta della *maladministration*. Infatti, proprio gli indici di misurazione costituiscono gli strumenti con cui analizzare la corruzione "praticata", intendendosi con questo termine il tasso di fiducia che i cittadini ripongono nelle istituzioni (di cui vi è traccia nella classifica di *Transparency international*), affinché possa diminuire il *gap* rispetto a quelli attinenti a quella "denunciata" e "sanzionata". Tale misurazione, tuttavia, non corrisponde a quella emersa dai dati giudiziari²¹.

¹⁹ Il Presidente della Corte dei Conti Giampaolino, nell'intervento del 3 febbraio 2011 nell'Aula Magna della Scuola Superiore della Pubblica amministrazione dal titolo "*Misure e stime della corruzione: una sfida (im) possibile?*", reperibile sul sito internet <http://sna.gov.it/www.sspa.it>, evidenziava; "*La lotta alla corruzione, specie se questa viene intesa nel senso più ampio di "mal amministrazione" svolge un ruolo chiave, in quanto consente di liberare energie vitali compresse, che possono aiutare lo sviluppo dei mercati, e favorisce situazioni di emersione delle attività economiche che giovano al sistema generale della fiscalità. I fenomeni corruttivi vanno perseguiti con rigore perché incidono con conseguenze profondamente negative sulla Comunità, non solo in termini di lesione del principio della concorrenza, con effetti deprimenti sul sistema economico, ma anche sotto il profilo etico-sociale*".

²⁰ Si vedano le note nn. 3-4-e 5 delle premesse cui si rimanda.

²¹ Per farne un esempio, si cita lo studio curato dall'ex CIVIT dal titolo "*Corruzione sommersa e corruzione emersa in Italia: modalità di misurazione esprime evidenze empiriche*" da cui si evince che i dati giudiziari facciano sì emergere il fenomeno corruttivo ma per quanto strettamente concerne i reati di corruzione escludendo, invece, le fattispecie di peculato e abuso d'ufficio.

2. L' emanazione della Legge n. 190/2012: le Pubbliche amministrazioni in prima linea per la prevenzione della corruzione.

La legge n. 190/2012 rappresenta il rispetto, da parte dell'Italia, degli impegni internazionali assunti²².

Come già accennato, oltre ad avere apportato modifiche di ampio respiro sotto il profilo penalistico²³, il testo di legge ha toccato gli istituti giuridici capisaldi dell'esercizio dell'azione della Pubblica amministrazione. Questi ultimi sono il frutto della maturata consapevolezza che al fine di contrastare un fenomeno come quello corruttivo *“così complesso ed articolato quanto a morfologia, diffusione, penetrazione sociale”*, oltre che *“burocratico, pulviscolare, politico amministrativo”*²⁴, occorrono strumenti preventivi e organizzativi, a supporto della comminazione di una sanzione, che risulta spesso insufficiente, poiché talvolta connotata da limiti intrinseci.

Il momento sanzionatorio, seppur necessario, è immaginato come residuale laddove, a regime, diventi sempre più efficace la strategia di prevenzione generale che *“deve svilupparsi attraverso il monitoraggio costante dell'attività sia delle pubbliche gestioni che del mercato in generale, impiegando strumenti e procedure tali da garantire la massima trasparenza nell'attività della pubblica amministrazione”*²⁵.

La percezione del fenomeno corruttivo è oggetto di indicizzazione *“Corruption Perceptions Index”* da parte di numerosi organismi (tra gli altri *“Trasparenza International”*); tuttavia, anche questo studio è influenzato da quanto e come televisioni e giornali riportano episodi e notizie sulla corruzione.

²² Assunti con la stipula della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'Onu il 31 ottobre 2003, e ratificata con Legge 3 agosto 2009, n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, stipulata a Strasburgo il 27 gennaio 1999, e ratificata con Legge n.110/2012, quest'ultima frutto dei lavori della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione istituita da Filippo Patroni Griffi (Ministro per la pubblica amministrazione).

²³ La legge ha apportato modifiche al Libro I Titolo II Capo III, e al Libro II Titolo II Capi I e II del codice penale, oltre che nella parte generale del codice penale. In particolare, sono state apportate delle modifiche al reato di concussione ex art. 317 c.p. ed è stato introdotto il reato di induzione indebita a dare e promettere utilità ex art. 319 *quater* c.p. Inoltre, è stato introdotto il delitto di traffico di influenze illecite ex art. 346-*bis* c.p., figura residuale rispetto ai delitti di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio ex art. 319 c.p.c. e di corruzione in atti giudiziari ex art. 319-*ter* c.p. Per ciò che concerne la parte generale del codice penale, invece, con la riforma è stata introdotta la possibilità di applicare le pene accessorie dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione ex art. 32-*quater* c.p.c. e di estinzione del rapporto di lavoro ex art. 32 *quinques* c.p., per coloro che sono condannati per il delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità (concussione per induzione) ai sensi dell'art. 319-*quater* co.1 c.p. Per una disamina dei reati e dei percorsi giurisprudenziali che li hanno riguardati si veda il contributo di D. BRUNELLI, *Le disposizioni penale nella legge contro la corruzione: un primo commento*, fasc. 23, 5 dicembre 2012, reperibile sul sito www.federaismi.it.

²⁴ Così, in data 5 febbraio 2013, il Presidente della Corte dei Conti L. GIANPAOLINO in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario.

²⁵ Così R. SQUITIERI, Presidente della Corte dei Conti, nella relazione di Inaugurazione dell'anno giudiziario 2014, reperibile in http://www.corteconti.it/attivita/giurisdizione/Apertura_anno_giudiziario_Relazioni.html.

Così, con l'entrata in vigore della legge n. 190/2012, acquisisce piena cittadinanza nell'ordinamento giuridico la nozione amministrativistica di prevenzione della corruzione, in cui sono inclusi meccanismi procedurali, e organizzativi, consistenti nella mappatura degli uffici interni alle Pubbliche amministrazioni e delle attività più a rischio di infiltrazione dei fenomeni corruttivi, al fine di permettere un più puntuale controllo di cui rendere conto ai cittadini.

Al fine di raggiungere obiettivi così elevati, le Pubbliche amministrazioni sono diventate protagoniste di una riforma sistemica del diritto amministrativo, fautrici della promozione della cultura della strategia e della pianificazione di obiettivi di prevenzione di lungo periodo.

Sembra, dunque, riaffiorata la teoria dottrinale sulla funzione amministrativa in una versione secondo cui la buona amministrazione è assicurata da una altrettanto buona organizzazione dei processi e dei meccanismi di erogazione della funzione pubblica, la cui astratta composizione e programmazione influisce inevitabilmente, e in misura rilevante, sul valore dei risultati concretamente perseguiti.

3. La nascita di un'Autorità Amministrativa Indipendente competente nella lotta contro la corruzione.

Alla responsabilizzazione delle Pubbliche amministrazioni, diventate protagoniste di una politica contro la *maladministration*, la legge n. 190/2012 ha affiancato un'Autorità amministrativa indipendente cui sono stati affidati poteri e funzioni così tanto peculiari da renderla, negli anni, un *unicum* nel panorama.

Il suo percorso di istituzione è iniziato nel 2003, nel rispetto degli impegni assunti a livello internazionale, e in particolare dell'art. 6 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (conosciuta anche come "*Convenzione di Merida*") che recita: "*ciascuno Stato assicuri, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, l'esistenza di uno o più organi incaricati di prevenire la corruzione cui garantire l'indipendenza necessaria affinché possa esercitare efficacemente le funzioni di accrescimento e di diffusione concernente la prevenzione della corruzione*".

L'Italia ha affidato le competenze in siffatta materia all'Alto Commissario, tra le quali compaiono: l'effettuare indagini relativamente all'esistenza, alle possibili cause e concause di fenomeni di corruzione e di illecito, o di pericoli di condizionamento da parte di organizzazione criminali all'interno della pubblica amministrazione; l'elaborazione e lo studio sulla adeguatezza e congruità del quadro normativo, nonché le misure predisposte dalle amministrazioni per prevenire e per fronteggiare l'evolversi dei fenomeni oggetti di esame;

infine il monitoraggio su procedure contrattuali e di spesa e su comportamenti, e conseguenti atti, da cui possa derivare danno erariale (con obbligo di denuncia alla Corte dei conti). Sebbene la previsione abbia rappresentato un primo importante passo verso la direzione indicata in sede internazionale, all'Alto Commissario non è stata garantita l'indipendenza rispetto all'organo politico di governo. Infatti, egli veniva nominato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio di Ministri, e operava presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Quattro anni più tardi l'Alto Commissario è stato soppresso²⁶ e le sue funzioni trasferite a un ufficio interno al Dipartimento della funzione pubblica cui, appunto, è stato affidato il preciso compito di espletare il "*Servizio Anticorruzione e Trasparenza*" (di seguito "SAET"). Considerato l'incardinamento, oltre a non essere autonomo rispetto al potere esecutivo, anche questo ufficio si è mostrato inidoneo a fronteggiare il fenomeno della corruzione, soprattutto per mancanza di possibilità di esercitare poteri sanzionatori²⁷. Ai sensi dell'art. 13 del D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 dal titolo "*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*", è diventata operativa la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni (di seguito anche "CIVIT"), cui sono stati affidati alcuni compiti che hanno rappresentato, negli anni, la base per lo sviluppo di una vera e propria autorità amministrativa indipendente. Alla CIVIT è stata infatti commissionata la funzione di studio e specifico approfondimento delle cause e dei fattori di sviluppo della corruzione, e la successiva individuazione di soluzioni che ne possano favorire la prevenzione e il contrasto.

La CIVIT ha elaborato così la prima versione di un piano di prevenzione della corruzione, strumento cardine della politica di prevenzione della corruzione, poi approvato all'epoca dal Dipartimento della funzione pubblica²⁸, presso cui inizialmente la CIVIT era ancora incardinata e di cui si tratterà successivamente. Sempre alla CIVIT è stata inoltre affidata la fase successiva di vigilanza e di controllo sull'applicazione, da parte delle pubbliche

²⁶ Il Commissario è stato soppresso con l'art. 68 del d. l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133. Se ne è occupato, tra gli altri, G. SCIULLO, *L'Alto commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle alte forme di illecito nella pubblica amministrazione*, in L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano, 2009, 71 ss.

²⁷ Interessante il rapporto predisposto dalla Commissione di studio e proposta nominata dal Presidente della Camera Luciano Violante nel 1996 e composta da S. CASSESE, L. ARCIDIACONO e A. PIZZORNO pubblicato in S. CASSESE (a cura di), *La lotta alla corruzione*, Roma, Bari, 1999.

²⁸ Il primo Piano Nazionale anticorruzione (PNA) è stato approvato dalla CIVIT, ma predisposto Dipartimento della funzione pubblica, tanto che il primo, approvato nel 2013, deve essere ricondotto alla responsabilità politica del Dipartimento. Anche i Piani triennali di prevenzione della corruzione (di seguito "PTPC") delle diverse pubbliche amministrazioni dovevano essere trasmessi al DFP e non alla CIVIT, restando così evidente che i poteri di vigilanza continuavano ad aspettare all'ufficio ministeriale e non alla Commissione.

amministrazioni, delle misure di prevenzione contenute nel piano che si estrinsecava, in concreto, nella richiesta di atti e documenti alle Pubbliche amministrazioni. Rientrava inoltre nelle facoltà di CIVIT procedere con l'adozione di atti e provvedimenti, o di rimozione di altri se contrastanti con le prescrizioni dei piani anticorruzione e con le regole sulla trasparenza.

A seguito dell'entrata in vigore della legge 30 ottobre 2013 n. 125 dal titolo "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, recante disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni*" la CIVIT ha cambiato denominazione in "*Autorità Nazionale Anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche*". Un anno più tardi, con l'entrata in vigore della legge 11 agosto 2014 n. 114 recante "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*", la CIVIT ha acquisito competenze anche nello specifico settore degli appalti come organo centrale e di guida nella lotta contro la corruzione.

Prima di questa data, infatti, la lotta contro la corruzione nello specifico settore degli appalti pubblici veniva affidata all'*Autorità di vigilanza sui lavori pubblici* (di seguito "AVLP"), istituita con legge 11 febbraio 1994, n. 109 (*Legge Merloni*)²⁹, che ha rappresentato il primo organismo autonomo rispetto all'organizzazione governativa³⁰, dotato di poteri di controllo nella materia della contrattualistica pubblica. In particolare, seppur limitatamente al settore dei lavori di opere e costruzioni, ai sensi dell'art. 4, c.4., la *Legge Merloni* ha affidato all'ALVP compiti specifici, tra cui: vigilanza sulla legittimità delle procedure e sull'esecuzione dei lavori pubblici, affinché non derivi danno economico per l'erario; di segnalazione al Governo di fenomeni di inosservanza e applicazione distorta della normativa con esercizio di poteri sanzionatori. Sulla scia della legge Merloni, il decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, recante "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*", ha profondamente riformato la commissione facendo assumere la denominazione di "*Autorità per la vigilanza sui contratti*

²⁹ Essa era composta da cinque membri, nominati con determinazione di intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Il Presidente dell'Autorità era scelto, autonomamente, in senso al medesimo

³⁰ Per ciò che, invece, attiene al profilo della compagine dell'autorità, i primi commentatori del codice si sono soffermati sulla nomina del Presidente quale elemento che avrebbe potuto risentire della mancanza di garanzie di indipendenza rispetto agli altri componenti dell'autorità. Fin dalle origini, la composizione della autorità ha destato alcune perplessità, in ordine, soprattutto, alla possibile mancanza di indipendenza e autonomia in capo al Presidente. Infatti, egli è scelto dal collegio al proprio interno rappresentando così un modello recessivo nel panorama delle Autorità indipendenti o semi indipendenti dell'ordinamento italiano: di regola, infatti, il presidente delle Autorità collegiali viene nominato in quanto tale e non con metodo elettivo tra i componenti del collegio.

pubblici di lavori, servizi e forniture” (AVCP) prevedendo che fosse caratterizzata da “*indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione e da autonomia organizzativa*”. All’AVCP è stata affidata la prima importante funzione di vigilanza sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e in quelli speciali, al fine di “*garantire l’osservanza dei principi di correttezza e di trasparenza delle procedure di scelta del contraente, di tutela delle piccole imprese attraverso adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali e di economia ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara*” (art. 6 comma 5). Ancor più in generale, l’Autorità è stata completamente riorganizzata per ampliare le sue funzioni, non più limitate ai lavori, bensì estese anche alle forniture di beni e di servizi, includendo in sostanza qualunque tipo di appalto effettuato da parte di una pubblica amministrazione.

Nel 2014, con d. l. 90/2014, l’AVCP è stata poi soppressa per venire di fatto accorpata nell’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)³¹, comportando il contestuale riordino dei compiti in capo al Dipartimento della Funzione Pubblica³², cui è rimasta la sola funzione di valutazione e misurazione della *performance* dei dipendenti.

4. Lo strumento della pianificazione per prevenire fenomeni di *maladministration*.

A sette anni dall’entrata in vigore della legge n. 190/2012, tra i dibattiti con oggetto gli strumenti di prevenzione amministrativa, sono ancora numerosi quelli riguardanti l’ampiezza delle ricadute sulle pubbliche amministrazioni che ha avuto, e continua ad avere, la pianificazione, da un punto di vista sistemico, di un modello organizzativo di contrasto del fenomeno corruttivo, predisposto dalle stesse pubbliche amministrazioni obbligate a controllarne il rispetto e, appunto, l’attuazione.

La scelta del legislatore, in altre parole, si è tradotta in una responsabilizzazione delle pubbliche amministrazioni chiamate ad auto valutarsi, al fine di misurare il grado di rischio di infiltrazione di fenomeni di *maladministration*, per contrastarli con misure che non devono solo essere

³¹ Sulla creazione di ANAC tra funzioni di prevenzione e *soft regulation* si veda il contributo di F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell’Autorità Nazionale Anticorruzione*, 28 dicembre 2016, fasc. n. 25, in *Federalismi.it*, p. 18 ss.

³² Emanazione del d. l. 90 del 2014, recante “Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari”, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114. Il decreto legge è stato convertito nella legge di conversione n. 114/2014 ha introdotto o, sinteticamente, le seguenti novità: a) ridefinizione delle competenze generali dell’Autorità Nazionale Anticorruzione come autorità di controllo dei contratti pubblici e soppressione dell’AVCP (artt. 19, 31, 32 e 37); b) misure speciali per il Grande Evento EXPO 2015 di Milano (artt. 30, 33, e 34); c) semplificazione degli oneri formali nelle gare pubbliche (art. 39); d) altri interventi in materia di contrattualistica pubblica come, a titolo meramente esemplificativo, l’introduzione del noto meccanismo della *white list* oltre al monitoraggio finanziario dei lavori di realizzazione delle infrastrutture strategiche e degli insediamenti produttivi

elaborate dalla singola amministrazione, ma rese efficaci tramite un controllo che, in primo luogo, deve appunto avvenire all'interno.

Il metodo e gli strumenti di rilevazione e misurazione dell'illecito traggono spunto da modelli di matrice privatistica che, in primo luogo, prevedono una mappatura dei rischi rilevanti, e, in secondo luogo, una programmazione e gestione delle conseguenze del rischio. In sostanza, alle pubbliche amministrazioni è stato chiesto di elaborare, e applicare, una vera e propria sorta di politica interna di prevenzione della corruzione.

Appare evidente che con la legge n. 190/2012 i controlli interni di attuazione delle misure di pianificazione e contrasto del rischio corruttivo in ogni pubblica amministrazione siano diventati strumenti della prevenzione e della lotta contro la corruzione, nonché di miglioramento dell'efficienza ed efficacia della funzione amministrativa dell'ente, in un modo del tutto peculiare e nuovo nel panorama legislativo italiano.

Si può dire che il controllo interno di cui si sta trattando non ha per oggetto una singola operazione, bensì l'attuazione di un insieme di meccanismi, procedure e strumenti per assicurare una ragionevole garanzia nel conseguimento degli obiettivi: la *compliance*, ossia il rispetto del quadro normativo e regolamentare di riferimento, e l'*operation* quale efficacia ed efficienza delle attività operative. Si tratta di un percorso dinamico, autonomo e modulato sulla realtà organizzativa interna, con il fine di ricondurre i rischi di infiltrazione del fenomeno in schemi e binari che servano in primo luogo per farli emergere ed evitare che rimangano sottotraccia, e in secondo luogo per far sì che possano essere puntualmente contrastati.

L'architettura della pianificazione del rischio vede in prima linea la predisposizione e adozione del Piano Nazionale Anticorruzione (di seguito anche "PNA") da parte di ANAC. L'elaborazione del PNA vede coinvolti anche altri soggetti che svolgono attività concernenti la prevenzione della corruzione, tra cui vanno citati: il Comitato interministeriale, il quale, attraverso proprie linee guida, fornisce indirizzi generali sulla politica di prevenzione da elaborare e applicare; il Dipartimento della Funzione pubblica che, invece, oltre a coordinare le strategie nazionali con quelle internazionali di prevenzione e contrasto della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione, definisce alcuni criteri per assicurare la rotazione dei dirigenti nei settori particolarmente esposti alla corruzione, e stabilisce misure per evitare sovrapposizioni di funzioni e cumuli di incarichi nominativi in capo ai dirigenti pubblici, anche esterni.

A partire dall'entrata in vigore del d. lgs. 25 maggio 2016 n. 97 recante "*Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo*

2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche” che ha modificato la l. n. 190/2012, il PNA, a seconda degli enti cui si rivolge, riveste duplice funzione:

–per le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, co.2, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 dal titolo “*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*” rappresenta un “atto generale di indirizzo” utile ai fini dell'adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione da parte delle pubbliche amministrazioni;

–per gli altri soggetti, di cui all'articolo 2-bis, c.2, del d.lgs. n. 33/2013³³ recante “*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*” costituisce una sorta di modello di riferimento per adottare misure di prevenzione della corruzione integrative rispetto a quelle già adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 recante “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, anche per assicurare l'attuazione dei compiti di cui al comma 4, lettera a)*”.

Dunque, in altre parole, gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato in controllo pubblico sono sottoposti agli obblighi e agli adempimenti previsti dal d.lgs. n. 231/2001 e dalla l. n. 190/2012.

Per tutte le altre pubbliche amministrazioni, che non sono sottoposte agli ulteriori obblighi di cui al d.lgs. n. 231/2001, il PNA contiene delle prescrizioni volte a indirizzarle sia nell’analisi dei processi organizzativi più esposti a rischi di corruzione, considerati gli interessi o i beni alla cui soddisfazione sono rivolti, sia ad adottare concrete misure di prevenzione della corruzione al proprio interno.

Il PNA ha dunque valenza di atto di indirizzo generale con cui il legislatore ha temperato due esigenze differenti: da un lato creare un modello che potesse essere una sorta di guida uniforme per l’applicazione delle misure preventive; dall’altro rispettare l’autonomia organizzativa, costituzionalmente garantita, delle amministrazioni nel definire esse stesse i

³³ Si tratta dei seguenti enti: a) agli enti pubblici economici e agli ordini professionali; b) alle società in controllo pubblico come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Sono escluse le società quotate come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo, nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche; (lettera c) sostituita dall'art. 27, comma 2-ter, d.lgs. n. 175 del 2016, introdotto dall'art. 27 del d.lgs. n. 100 del 2017) c) alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni.

caratteri della propria organizzazione e delle misure organizzative necessarie a prevenire i diversi rischi di corruzione a seconda delle attività espletate.

Infatti, il sistema nazionale di pianificazione per la prevenzione e gestione del rischio previsto dal legislatore contempla altresì un secondo livello, che vede un ruolo molto più attivo degli enti e delle pubbliche amministrazioni, il cui organo di indirizzo, ai sensi dell'art. 1, c. 8, della l. n. 190/2012, su proposta del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT), adotta ogni anno entro il 31 gennaio (con durata triennale³⁴) il *Piano triennale per la prevenzione della corruzione* (PTCP).

Si tratta di un classico sistema a “cascata” della pianificazione, che testa la propria efficacia grazie al *feedback* puntuale e costruttivo delle singole amministrazioni che, tramite l'aggiornamento del proprio piano, rendono conto (anche tramite mancanze e lacune nella redazione) dell'efficacia delle linee di programmazione della prevenzione della corruzione, calate nelle molteplici realtà pubbliche di cui il PNA dovrebbe essere testimonianza.

I PTCP rappresentano il prodotto dell'applicazione della “*teoria del risk management*”, in modo non dissimile da come accade nelle imprese privatistiche chiamate ad attuare delle azioni sistemiche a contrasto di fenomeni corruttivi. In particolare, il *risk management* si suddivide nelle seguenti tre macro - fasi:

- a) analisi del contesto interno ed esterno (mappatura dei processi propri dell'amministrazione e del contesto in cui si trova ad operare);
- b) valutazione del rischio mediante la sua identificazione, analisi e ponderazione;
- c) trattamento del rischio mediante programmazione delle misure di prevenzione.

La prima fase si conclude con la mappatura dei processi propri dell'amministrazione e del contesto in cui si trova ad operare; la seconda, termina con l'analisi di ogni singolo processo decisionale, al fine di evidenziare gli spazi perché possano più facilmente prendere piede comportamenti a rischio corruttivo. Proprio questa seconda fase di identificazione dei comportamenti a rischio è la più complessa, in quanto un comportamento a rischio non identificato e mappato sfugge, inevitabilmente, al programma di prevenzione e monitoraggio.

La metodologia di analisi del rischio prevede che si proceda ad acquisire le necessarie conoscenze sul contesto ambientale e operativo. In questo possono rientrare indizi preoccupanti del concretizzarsi della *maladministration*, come: uso distorto o improprio della discrezionalità; alterazione e manipolazione di informazioni e documentazione; rivelazione di notizie riservate;

³⁴ L'omessa adozione di un nuovo PTCP è sanzionabile dall'Autorità ai sensi dell'art. 19, co. 5, del d. l. 24 giugno 2014, n. 90 non essendo sufficiente procedere con meri rinvii e/o soppressioni e integrazioni di paragrafi con difficoltà di coordinamento tra le diverse disposizioni e di comprensione del testo (come si evince dal Comunicato del Presidente del 16/03/2018).

alterazione dei tempi; elusione delle procedure e dei controlli; conduzione, verso obiettivi propri, di procedure e attività; conflitto di interessi.

La terza ed ultima fase di gestione del rischio è volta a elaborare dei meccanismi efficaci e sostenibili tanto sotto il profilo economico quanto organizzativo, adatti cioè alle caratteristiche specifiche dell'organizzazione.

Più in particolare, negli allegati al primo PNA³⁵ predisposto dalla CIVIT, sono state fornite alcune indicazioni circa le modalità di predisposizione dei PTCP: le aree di rischio, che variano a seconda del contesto interno ed esterno nel quale opera la pubblica amministrazione e della tipologia specifica di attività attuata dai singoli uffici, devono essere indicate in forza di una metodologia ripetibile anche successivamente. Sono proprio le peculiarità contenute nei PTCP che devono rendere i piani stessi una sorta di vestito che ben si adatti sulla pubblica amministrazione di riferimento, senza essere una mera riproduzione del contenuto del PNA³⁶. L'attività di gestione del rischio è forse quella che più rende assimilabile la politica di prevenzione della corruzione in ambito pubblico a quello privato: si pensi che l'Allegato 1, par. B.1.2. suggerisce proprio di utilizzare i principi e le indicazioni contenute nelle linee guida recanti "*Gestione del rischio*" UNI ISO 31000 2010, sebbene riconsiderati con un intento semplificatorio. Tuttavia, non è sufficiente individuare le aree maggiormente a rischio, dovendo predisporre le misure di prevenzione volte a ridurre la probabilità che lo stesso rischio si verifichi. A tal proposito, proprio la prima versione di PNA ha previsto "misure di prevenzione tipo" della corruzione, quali: codici di comportamento dei pubblici dipendenti (insieme con la diffusione di buone pratiche e valori); procedure volte al rispetto della rotazione del personale, al fine di impedire la creazione di posizioni di interesse; l'individuazione di ipotesi di incompatibilità del ruolo in un dato settore in rapporto allo svolgimento di una data attività; l'ampliamento della trasparenza.

4.1. Analisi dello stato dell'arte sull'attuazione e l'efficacia della pianificazione in materia di anticorruzione.

A quasi sei anni dall'entrata in vigore della l. n. 190/2012, e a due dalle modifiche apportate con d.lgs. n. 97/2016, si possono analizzare alcuni dati, tratti dall'analisi che ANAC ha effettuato sui PTCP adottati dalle singole amministrazioni, che rappresentano lo stato dell'arte sull'attuazione delle misure di pianificazione poste alla base dell'intera riforma.

³⁵ Adottato con Delibera CIVIT n. 72 dell'11 settembre 2013 reperibile sul sito internet <https://www.anticorruzione.it>.

³⁶ Let. B1 – allegato 1 al PNA di cui alla nota n. 52.

In generale, preme evidenziare che i dati testimoniano una certa difficoltà, da parte degli enti, ad attuare le misure di prevenzione previste dal legislatore, rappresentando come nella pratica il sistema di prevenzione a livello generale di prevenzione della corruzione non sia facilmente concretizzabile.

Nel 2014, agli albori dunque dell'applicazione delle nuove disposizioni di legge, l'ANAC ha riscontrato nei PTCP l'assenza totale di un'analisi del contesto esterno in cui opera l'amministrazione: essi, ad esempio, erano generalmente privi di un'analisi dei fattori esterni che rappresentassero l'ambiente in cui operano gli enti, fattori che possono incidere in modo rilevante sul fenomeno corruttivo (come variabili culturali, criminologiche, sociali ed economiche del territorio). In una prima fase, solo il 10% delle amministrazioni oggetto di campionamento da parte di ANAC ha correttamente mappato i processi organizzativi, mentre da parte della restante parte di esse non vi è stata alcuna integrazione di aree di rischio ulteriori rispetto a quelle obbligatorie previste già nel PNA. La scarsa qualità nell'analisi del rischio riscontrata nei piani ha chiaramente avuto ricadute a cascata sulla qualità della programmazione delle misure di prevenzione. Insomma, in altri termini, alla poca chiarezza nell'enucleazione delle manifestazioni del fenomeno corruttivo è seguita altrettanta confusione nel debellarli. Per le pubbliche amministrazioni si è rivelato ancora più complesso misurare il grado di rischio corruttivo. Infine, l'ANAC ha riscontrato una mancanza di collegamento tra responsabilità organizzative e sistemi di valutazione delle *performance*³⁷.

Nel corso del 2015 si è registrata, da parte di ANAC, la formale adozione dei piani da parte delle pubbliche amministrazioni, al fine di non incorrere nelle previsioni sanzionatorie previste dal legislatore, riscontrando, tuttavia, l'insoddisfacente contenuto dei piani³⁸. La stessa definizione di aree maggiormente a rischio del fenomeno corruttivo è di fatto mancata, vista l'omissione dell'elaborazione di un'adeguata metodologia di ponderazione dei rischi, e non certo a causa di inadeguatezza delle Pubbliche amministrazione. L'ANAC ha ritenuto che l'insoddisfacente attuazione della legge n. 190/2012 potesse essere ricondotta a difficoltà organizzative, dovute in gran parte a scarsità di risorse finanziarie da investire in persone adeguatamente competenti nello svolgere il compito, seppur non semplice, previsto dalla legge. Un altro motivo è da riscontrare nella mancanza di interesse dell'operato del responsabile

³⁷Relazione annuale 2014, Roma, Camera dei deputati 2 luglio 2014, pp. 229 ss. reperibile in http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Pubblicazioni/RelazioniAnnuali/2017/rel.anac.2016.doc.06.07.2017_.pdf.

³⁸ Relazione annuale 2015, Roma, Senato della Repubblica, 14 luglio 2016, pp. 79 e ss. relativamente al percorso verso l'aggiornamento dei Piani triennali reperibile in http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Pubblicazioni/RelazioniAnnuali/2017/rel.anac.2016.doc.06.07.2017_.pdf.

dell'anticorruzione e della trasparenza da parte dell'organo di indirizzo politico, il quale si limita, appunto, a ratificare l'operato dell'RPCT (quasi come fosse il solo soggetto a doversene occupare), approvando il PTCP senza assumersene successivamente la responsabilità politica della mancata o inesatta attuazione del piano.

Come si evince nella Relazione ANAC, in cui sono riportati gli esiti di un'altra analisi a campione dei PTCP 2017-2019, nel 2017 la situazione non sembra purtroppo essere cambiata molto. Infatti, solo il 33% delle Amministrazioni ha correttamente identificato i tempi di conclusione dei procedimenti e nominato dei responsabili preposti a uffici particolarmente rilevanti per pericolo di infiltrazione corruttiva. Inoltre, si è continuato a registrare un'analisi insufficiente del sistema esterno o la mappatura dei processi, in quanto per il 21% delle Amministrazioni la mappatura delle aree di attività è considerata una mera elencazione dei processi, pur senza corredarla con una descrizione delle fasi e/o dei responsabili; lo stesso vale anche per il sistema di coordinamento con altri piani, che risulta sostanzialmente insufficiente. Si è riscontrato tuttavia un miglioramento sul fronte del trattamento del rischio, in quanto viene fatto espresso riferimento alla indicazione e alla progettazione delle misure specifiche, correlate all'analisi del rischio, a eccezione del comportato delle regioni.

Occorre sottolineare come il legislatore, con legge n. 124/2015 recante *“Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*, abbia delegato affinché si facesse fronte alle problematiche applicative di cui sopra. In particolare, all'art. 7 recante *“Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza”* si è previsto che si procedesse con la *“precisazione dei contenuti e del procedimento di adozione del Piano nazionale anticorruzione, dei piani di prevenzione della corruzione e della relazione annuale del responsabile della prevenzione della corruzione, anche attraverso la modifica della relativa disciplina legislativa, anche ai fini della maggiore efficacia dei controlli in fase di attuazione, della differenziazione per settori e dimensioni, del coordinamento con gli strumenti di misurazione e valutazione delle performance nonché dell'individuazione dei principali rischi e dei relativi rimedi; conseguente ridefinizione dei ruoli, dei poteri e delle responsabilità dei soggetti interni che intervengono nei relativi processi”*. La delega è stata attuata mediante il d. lgs. n. 97/2016, che ha sì modificato alcune disposizioni della legge n. 190/2012, soprattutto per quanto concerne la materia di trasparenza, rafforzando la correlazione intrinseca tra pianificazione e livello di trasparenza, ma senza tuttavia risolvere alcune criticità di ordine sistemico, di cui nel paragrafo successivo si delinearanno i tratti essenziali.

Infine, nella più recente relazione del mese di giugno 2018³⁹, nel paragrafo relativo agli esiti dell'analisi a campione PTCP 2017-2019, viene dato atto che su un campione di riferimento di 577 amministrazioni afferenti a diversi comparti, tra cui Ministeri, enti pubblici non economici, agenzie e altri enti nazionali, Regioni e province, aziende ospedaliere, istituti di cura, camere di commercio, si ravvisa un numero sempre più alto di Pubbliche amministrazioni che hanno migliorato lo studio dei processi di gestione del rischio (maggiormente accentuate su alcuni comparti). Tuttavia, ANAC ha continuato a riscontrare lo scarso utilizzo dello strumento della consultazione pubblica e un insufficiente coinvolgimento dell'organo di indirizzo politico o di uffici di stretta collaborazione, oltre alla mancanza, o insufficienza, della predisposizione di un sistema di monitoraggio dell'applicazione e del rispetto delle misure preventive, che, in sostanza, e di fatto, può pregiudicare l'efficacia complessiva dei PTCP.

Dall'analisi sopra riportata, che ha riguardato l'attività realizzata dalle pubbliche amministrazioni in un arco di tempo piuttosto lungo (2014-2019), si può facilmente evincere che da parte delle pubbliche amministrazioni si registra una difficoltà nell'adattare i propri piani alla realtà specifica, continuando piuttosto ad adempiere alla normativa sotto il profilo più formale che sostanziale.

4.2. Riflessioni sulla natura della pianificazione nel nuovo panorama amministrativo di lotta contro la corruzione.

Come noto, da un punto di vista teorico, per poteri di pianificazione e programmazione si intende quel complesso di atti mediante i quali l'amministrazione, previa globale valutazione delle situazioni, individua misure tra loro coordinate al fine di intervenire in un dato settore, in modo sinergico e nel rispetto del principio di bilanciamento e di proporzionalità, contemperando interessi contrapposti per prevenire, per quanto possibile, contenziosi.

Le funzioni di pianificazione nella gestione del rischio corruttivo presentano alcune peculiarità. In particolare, nel caso specifico, come visto, una norma di rango primario attribuisce a un'autorità amministrativa indipendente il potere di elaborare un piano che costituisca "atto di indirizzo" per l'adozione, da parte delle pubbliche amministrazioni, di piani interni o ulteriori misure integrative al modello organizzativo di cui al d. lgs. n. 231/2001.

Dunque, sebbene anche nei piani anticorruzione, come in quelli che più ordinariamente rappresentano l'istituto amministrativistico della pianificazione, si ritrovi l'elemento della visione a lungo termine degli obiettivi da perseguire (si pensi alla pianificazione urbanistica che

³⁹ Relazione sull'attività svolta da ANAC nel 2017, Roma, Senato della Repubblica, 14 giugno 2018 pp. 50 ss. reperibile all'indirizzo internet <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/News>.

ha come scopo quello di regimare l'utilizzo quanto più accorto, e funzionale, del suolo pubblico nel tempo), è evidente come essi non rispondano all'esigenza di bilanciamento di interessi potenzialmente contrapposti e confliggenti. Sembrerebbe piuttosto da intendersi come atto di programmazione interno della pubblica amministrazione, con valenza ed efficacia giuridica al pari di altri atti aventi sostanzialmente natura regolamentare interna. La forma dei piani potrebbe far propendere per questa assimilazione sia perché dotati di contenuto flessibile, sia perché previsti quali strumenti endemicamente "work in progress"; nel caso dei PTPC non solo, chiaramente, per la durata triennale prevista per legge - sebbene oggetto di aggiornamento con cadenza annuale - ma anche per la loro intrinseca funzione: essere una raccolta aggiornata di integrazione di dati, informazioni e valutazioni, come di prassi emergenti in ogni settore sottoposto a vaglio e analisi, nell'ottica del continuo miglioramento di efficacia degli stessi. In questa logica, in modo figurativamente ciclico, l'elaborazione della strategia a livello nazionale non si configura come un'attività *una tantum*, bensì come un processo circolare i cui contenuti sono modificati e sostituiti in relazione al *feedback* dei risultati attesi e mancati di attuazione della riforma.

D'altronde, non si può non dare atto che la forma e la *ratio* sottese all'adozione dei piani corrispondono pienamente alle esigenze a cui devono fare fronte: rispondere all'evoluzione e al cambio di veste dei fenomeni corruttivi, che nel tempo diventano sempre più insidiosi, sofisticati e radicati, e come ogni altro fenomeno criminale o illecito comportano quindi una sorta di "manutenzione" normativa adeguata all'esigenza di conservare l'appropriatezza degli strumenti alle finalità cui sono destinati.

Per quanto concerne la qualifica giuridica dei piani di prevenzione della corruzione (nazionale e triennali) merita richiamare l'art. 54, c. 3, del d. lgs. n. 165/2001, in cui è espressamente previsto che: *"la violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione dei doveri è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti. Violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'articolo 55-quater, comma 1"*, il che fa sorgere il quesito se effettivamente i piani di prevenzione della corruzione possano qualificarsi di *"mero indirizzo"*. Il piano nazionale e quelli territoriali di prevenzione della corruzione (tenendo presente il differente ente di provenienza del piano stesso) possono rientrare, a pieno titolo, nella categoria eterogenea di atti emanati da pubbliche amministrazioni, che vanno dalla fonte normativa secondaria di tipo regolamentare, al provvedimento mascherato da atto

apparentemente a contenuto normativo ma destinato a un numero circoscritto e ben definito di soggetti, fino alla “circolare pura” che non raccoglie nessuna delle caratteristiche proprie delle prime due tipologie, ma che costituisce un insieme di indicazioni di prassi da tenere all’interno dell’organizzazione. Dal tenore letterale della disposizione sopra richiamata sembra che le disposizioni previste dai piani abbiano una portata lesiva intrinseca e che, come tali, possano essere direttamente impugnate per la loro autonoma idoneità ad incidere negativamente sulla sfera giuridica soggettiva del destinatario.

Il discorso non assume rilevanza meramente dottrinale, quando, come in questa fattispecie, il legislatore stesso prevede delle forme di responsabilità in capo ai soggetti che violano disposizioni in essi contenute.

Lo strumento della pianificazione di attività e obiettivi all’interno delle Pubbliche amministrazioni non è, certamente, nuovo. È infatti espressione del fenomeno della logica integrata di pianificazione e programmazione di cui, appunto, costituiscono un esempio sia la lotta contro la prevenzione, sia i modelli 231/2001, sia il ciclo della gestione della *performance* di cui al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 recante “*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*” che, ricordando quanto meno vagamente la *ratio* delle disposizioni di cui alla legge n.190/2012, introduce: la previsione di fasi di analisi suddivise per definizione e l’assegnazione degli obiettivi da raggiungere; il monitoraggio sul raggiungimento degli obiettivi; l’attivazione di eventuali necessari interventi correttivi; l’utilizzo di sistemi premianti rivolti ai dipendenti in caso di successo sulla base di valutazione del merito; infine la rendicontazione dei risultati agli organi di indirizzo politico-amministrativo.

5. Il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT).

A dispetto della complessità formale dell’impianto di pianificazione e gestione del rischio, di cui subito si ha contezza dalla lettura della normativa in argomento, non può non rilevarsi come il legislatore abbia individuato, in sostanza, un solo soggetto con il compito di elaborare il piano nel rispetto delle linee di prevenzione della corruzione fornite dall’organo di indirizzo politico, e di aggiornare lo stesso e sorvegliare sull’attuazione delle preventive ivi contenute.

Egli deve predisporre il PTPC nel rispetto delle linee di politica preventiva predisposte dall’organo di indirizzo politico dell’ente, con cui, almeno in questa fase, collabora direttamente; tuttavia, allo stesso responsabile è affidato il compito non solo di monitorare il rispetto delle misure di prevenzione all’interno dell’ente ma anche di segnalare, nel caso, eventuali violazioni dello stesso. A tal proposito, a seguito dell’entrata in vigore del D.lgs.

97/2016 si è rafforzato il rapporto tra il responsabile e l'Organo Indipendente di Valutazione della Pubblica Amministrazione, cui può richiedere informazioni e documenti inerenti allo svolgimento della sua attività ispettiva, di cui verrà fornito un resoconto, oggetto di pubblicazione sul sito web dell'amministrazione.

Tuttavia, il ruolo del responsabile della prevenzione della corruzione e della concorrenza non è limitato ai confini interni dell'organizzazione dell'ente, sconfinando all'esterno ogniqualevolta sia costretto a segnalare ad ANAC disfunzioni, irregolarità nell'applicazione del piano o, più semplicemente, mancate attuazioni delle previsioni delle misure di prevenzione in esso contenute.

L' RPCT svolge altresì un ruolo centrale nella vigilanza sull'adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, assicurando la completezza, la chiarezza e l'aggiornamento delle informazioni pubblicate, nonché segnalando i casi di mancato o ritardo adempimento degli obblighi di pubblicazione sempre all'organo di indirizzo politico e all'Organismo indipendente di valutazione (OIV), oltre che ad ANAC e all'ufficio di disciplina (art. 43, c. 1, d.lgs.33/2013).

Nel documento recante *“aggiornamento 2018 al Piano Nazionale Anticorruzione”* l'ANAC definisce l'RPCT una *“figura chiave nelle amministrazioni e negli enti per assicurare effettività al sistema di prevenzione della corruzione come declinato nella l.190/2012 (...) con tale soggetto l'ANAC interagisce nello svolgimento della propria attività di vigilanza per verificare sia l'efficacia delle misure di prevenzione della corruzione di cui alla l.190/2012, sia il corretto adempimento degli obblighi di pubblicazione di cui al d.lgs.33/2013”* (p.9)⁴⁰.

Stante la particolarità dei compiti che è chiamato a svolgere, un primo tema che riveste particolare rilievo è la stessa individuazione del soggetto che possa ricoprire questa funzione che, quanto meno secondo la *ratio* legislativa, deve rivestire una posizione lavorativa garantita all'interno della pubblica amministrazione, al fine di poter esercitare quanto più liberamente, e dunque efficacemente, il ruolo affidato. All'RPCT, in prima battuta, deve essere assicurato un margine di libertà di azione del soggetto: per questa ragione la scelta è ricaduta sui dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio; successivamente, si è registrati un

⁴⁰ Con regolamento del 29 marzo 2017 (Delibera n. 330 del 29 marzo 2017) l'ANAC ha chiarito le modalità di interlocuzione con il RPCT. In particolare, è al RPCT dell'amministrazione che l'ANAC si rivolge per comunicare l'avvio del procedimento di vigilanza art.1, co. 2, lett. f), della l. 190/2012, che assegna ad ANAC il compito di esercitare la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure anticorruzione e trasparenza adottate dalle pubbliche amministrazioni. Tale comunicazione può anche essere preceduta da una richiesta di informazioni e di esibizione di documenti, indirizzata al medesimo RPCT, utile per l'avvio del procedimento. In questa fase il RPCT è tenuto a collaborare attivamente con l'Autorità e a fornire le informazioni e i documenti richiesti in tempi brevi, possibilmente corredati da una relazione quanto più esaustiva possibile, utile ad ANAC per svolgere la propria attività.

ampliamento del novero dei soggetti nominabili RPCT, che ora include la figura dei dirigenti di ruolo in servizio (senza alcuna specificazione sulla fascia). L'apertura arriva fino a comprendere coloro i quali non rivestono posizione dirigenziale, previa adeguata motivazione, laddove la scelta sia necessitata, a causa delle caratteristiche dimensionali e organizzative dell'ente⁴¹.

Indipendentemente dal ruolo formale rivestito, negli anni si è specificato che la scelta debba ricadere su coloro che si trovano in una situazione di stabilità lavorativa, al fine di non temere per la precarietà lavorativa, e coloro che possano godere di un margine di autonomia di azione all'interno della pubblica amministrazione di appartenenza, potendo assicurare al meglio la funzione rispetto a soggetti che possano trovarsi in situazione di potenziale conflitto di interessi, o in diretta collaborazione politica e perciò limitati dal rispetto di un vincolo fiduciario⁴².

Il tema è di stretta attualità: si pensi, infatti, che a sei anni dall'emanazione della legge, stante il ruolo cruciale assunto dalla figura in oggetto nella politica di prevenzione della corruzione, recentemente con delibera ANAC n. 840 del 2 ottobre 2018 si sono fornite indicazioni interpretative e operative con particolare riferimento ai poteri di verifica, controllo e istruttori del RPCT nel caso rilevi o siano segnalati casi di presunta corruzione⁴³. I poteri di vigilanza e controllo del RPCT sono stati delineati come funzionali al ruolo principale che il legislatore gli assegna, quello cioè di predisporre adeguati strumenti interni all'amministrazione per contrastare l'insorgenza di fenomeni corruttivi (PTPC). Si è precisato che tali poteri si inseriscono e vanno coordinati con quelli di altri organi di controllo interno delle amministrazioni ed enti, con lo scopo di ottimizzare l'intero sistema di controlli previsti nelle amministrazioni, senza sovrapposizioni o duplicazioni, anche al fine di contenere fenomeni di *maladministration*. In tale quadro, si è escluso che al RPCT spetti accertare responsabilità e svolgere direttamente controlli di legittimità e di regolarità amministrativa e contabile. Sui poteri istruttori, e relativi limiti, del RPCT in caso di segnalazioni di fatti di natura corruttiva si

⁴¹ Una previsione di legge specifica viene dedicata agli enti locali, per i quali la nomina ricade sul segretario o dirigente apicale, salva diversa e motivata determinazione; come anche per le unioni di comuni per le quali può essere nominato un unico responsabile.

⁴² Così la determina n. 12/2015 della Funzione pubblica e l'Autorità nazionale.

⁴³ I poteri di vigilanza e controllo del RPCT sono stati delineati come funzionali al ruolo principale che il legislatore assegna al RPCT, che è quello di predisporre adeguati strumenti interni all'amministrazione per contrastare l'insorgenza di fenomeni corruttivi (PTPC). Si è precisato che tali poteri si inseriscono e vanno coordinati con quelli di altri organi di controllo interno delle amministrazioni ed enti, al fine di ottimizzare, senza sovrapposizioni o duplicazioni, l'intero sistema di controlli previsti nelle amministrazioni anche al fine di contenere fenomeni di *maladministration*. In tale quadro, si è escluso che al RPCT spetti accertare responsabilità e svolgere direttamente controlli di legittimità e di regolarità amministrativa e contabile. Sui poteri istruttori, e relativi limiti, del RPCT in caso di segnalazioni di fatti di natura corruttiva si è valutata positivamente la possibilità che il RPCT possa acquisire direttamente atti e documenti o svolgere audizioni di dipendenti nella misura in cui ciò consenta al RPCT di avere una più chiara ricostruzione dei fatti oggetto della segnalazione (pagina 8 del documento "Aggiornamento 2018 al P.N.A., reperibile sul sito www.anticorruzione.it/portal).

è valutata positivamente la possibilità che possa acquisire direttamente atti e documenti o svolgere audizioni di dipendenti nella misura in cui ciò gli consenta di avere una più chiara ricostruzione dei fatti oggetto della segnalazione⁴⁴.

A parere di chi scrive, occorre fare un ultimo cenno alle figure dei dirigenti. Infatti, sebbene la legge n. 190/2012 ponga la figura del Responsabile al centro di tutta la politica di prevenzione, anche i dirigenti rivestono un ruolo rilevante, ai sensi dell'art. 16, comma 1, lettere 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater* del d. lgs. n. 165/2001 che disciplina le funzioni dei dirigenti di livello generale. In particolare, tali disposizioni prevedono che i dirigenti generali:

- concorrono alla definizione delle misure anticorruzione e alla verifica dell'osservanza delle stesse;
- forniscono informazioni e proposte in tema di aree a maggior rischio;
- monitorano le attività a più alto rischio a cui sono preposti;
- dispongono, previo provvedimento motivato, la rotazione del personale, qualora siano in corso procedimenti penali o disciplinari per condotte di natura corruttiva.

Ulteriore ruolo di coordinamento del responsabile anticorruzione e per la trasparenza è riscontrabile qualora, durante lo svolgimento della sua attività, rilevi fatti che presentino profili di illecito disciplinare, dovendone dare tempestiva informazione al dirigente preposto, allo stesso dipendente e all'Ufficio Procedimenti Disciplinari, al fine di avviare una tempestiva azione disciplinare.

5.1. Accentramento delle responsabilità in capo al Responsabile prevenzione corruzione e trasparenza.

La complessità della pianificazione di prevenzione della corruzione non si traduce in un'altrettanta complessità di conseguenze in caso di violazioni delle prescrizioni su questa materia. Sul piano sanzionatorio, infatti, le responsabilità sono sostanzialmente concentrate in capo al solo RPCT.

In particolare, si possono enucleare tre gruppi di fattispecie dinanzi alle quali è prevista la responsabilità in capo al RPCT:

- a. la responsabilità e la comminazione di sanzioni in caso di commissione di reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, a meno che non provi di aver

⁴⁴ Documento "Aggiornamento 2018 al P.N.A.", p. 8, reperibile sul sito www.anticorruzione.it/portal. Un'altra precedente delibera, la n. 833/2016, che si è in precedenza occupata dell'accertamento delle inconfiribilità e incompatibilità di incarichi e a successivi atti regolatori per i poteri istruttori in caso di segnalazioni di *whistleblower*.

predisposto il piano e di aver vigilato sull'osservanza;

- responsabilità dirigenziale ex art. 21 del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, (Testo unico pubblico impiego) pubblico impiego (art. 1, comma 12, legge n. 190/2012): mancato rinnovo o revoca incarico;

- responsabilità disciplinare: sospensione dal servizio senza retribuzione per minimo un mese, massimo sei (art. 1, comma 13, legge n. 190/2012);

- responsabilità per danno erariale e di immagine per la PA (art. 1, comma 12, legge n.190/2012);

b. la responsabilità, e comminazione di sanzioni a carico del responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza, per inadempimento obblighi pubblicazione, o mancata predisposizione piano triennale trasparenza, a meno che non provi che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile (art. 46, d.lgs. n. 33/2013):

- responsabilità dirigenziale: mancato rinnovo o revoca incarico;

- responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione;

- rilievo ai fini della retribuzione di risultato e trattamenti accessori collegati alle performance individuali;

c. la responsabilità a carico del responsabile trasparenza (ma anche di altri dirigenti e funzionari) per violazione obblighi di pubblicazione dati su enti vigilati (art. 47, d.lgs. n. 33/2012): sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10000 euro a carico del "responsabile della violazione" (cfr. ANAC. Delibera n. 66 del 31 luglio 2013 in tema di *“Applicazione del regime sanzionatorio per la violazione di specifici obblighi di trasparenza”*);

d. la responsabilità disciplinare per “omesso controllo” sul rispetto ed attuazione del piano.

6. La Legge n. 190/2012 e il D. Lgs. n. 231/2001: modelli di pianificazione e gestione del rischio a confronto.

Laddove si parli di sistemi integrati di prevenzione della corruzione, non può non farsi cenno alla disciplina che il legislatore ha previsto per gli enti di natura privatistica sottoposti agli obblighi previsti con l'entrata in vigore del d. lgs. n. 231/2001, cui alcune pubbliche amministrazioni devono soggiacere. In un certo qual modo, si potrebbe affermare che la normativa del d. lgs. n. 231/2001 ha rappresentato un altro punto di svolta per il panorama giuridico italiano di lotta contro la corruzione⁴⁵, anticipando, nel settore privato quello che, in

⁴⁵ Si veda il contributo di G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, 28 ottobre 2012, in www.penalecontemporaneo.it. La dottrina è ampia C.E. PALIERO, *Dieci anni*

sostanza e quanto meno in senso lato, viene oggi richiesto dal legislatore nel settore pubblicistico. La logica sottesa agli istituti giuridici che compongono i Modelli di organizzazione, Gestione e controllo, ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, è quella tipica del sistema di gestione del rischio, oggi da considerare un meccanismo tecnico-procedurale di valore primario ai fini di un'efficace conduzione della macchina istituzionale amministrativa, medesimo obiettivo cui il legislatore aspira con legge 190/2012.

Alcuni autori definiscono “fratelli di natura pubblica” i Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo⁴⁶ (di seguito, per brevità anche “Modello”) e i Piani Triennali della prevenzione della corruzione.

In primo luogo, da un punto di vista strutturale, il Modello è uno strumento dotato di natura giuridica (in quanto rappresenta un possibile esimente di responsabilità amministrativa) e organizzativa (perché rappresenta lo scheletro delle responsabilità in azienda). Al fine di costituire un esimente di responsabilità in capo all'ente, esso deve fornire una fotografia della società abbastanza precisa da cui si evinca che all'interno non vi fosse “colpevole disorganizzazione”, tanto da poter costituire terreno per perpetrare reati. Sinteticamente il Modello deve:

- a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati, vale a dire operare una mappatura del rischio rispetto alle condotte criminose prese in considerazione dal decreto;
- b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
- c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee a impedire la commissione dei reati;

di “corporate liability” nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in Soc., 2011, n. spec., p. 5 ss. Sul tema la letteratura è oramai pressoché sterminata. Tra i contributi monografici vd., in particolare, quelli di A. BASSI – T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2006; G. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Giuffrè, Milano, 2002; di G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008; di G. M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2008; di R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Giuffrè, Milano, 2006; di M.A. PASCULLI, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, Cacucci, Bari, 2005; di M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolari ed innovazione dei modelli sanzionatori* Jovene, Napoli, 2009; di G. RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale*, Giappichelli, Torino, 2007; e di F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2004. Si veda inoltre, con specifico riferimento ai gruppi di società, F.C. BEVILAQUA, *Responsabilità da reato ex d.lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Egea, Milano, 2010; E. SCARONA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè-Luiss University Press, Milano-Roma, 2006.

⁴⁶ Cfr., ex plurimis, A. PESENATO, *Modello di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. n. 231/2001*, Manuali Operativi, III edizione, Ipsoa, 2011. Per ulteriori considerazioni più specifiche anche cfr. A. MONEA, *I profili gestionali da adottare in azienda in quotidiano Il Sole 24 ORE, Norme e tributi*, p. 6, 4 agosto 2008; *L'adozione del sistema è centrale nel giudizio in quotidiano Il Sole 24 ORE, Norme e tributi*, pag. 6, 4 agosto 2008; *Gestione, il modello giusto lima le responsabilità* in Guida agli enti locali, 30 agosto 2008, Gruppo Il Sole 24 ORE.

d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'Organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;

e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nello stesso. In questo “progetto di prevenzione” sono, peraltro, impliciti altri contenuti come:

- una “*gap analysis*” con cui rilevare gli scostamenti nei modelli attualmente impiegati in Azienda rispetto a quanto richiesto dalla legge e con cui individuare le carenze organizzative, gestionali e operative del sistema aziendale;
- un programma di azione organizzativa.

La vicinanza, se non persino correlazione, tra i due impianti legislativi si registra sia per la *ratio* sottesa al concetto di modello, sia per le implicazioni pratiche che le modifiche apportate dalla legge n. 190/2012 al d. lgs. n. 231/2001 hanno comportato, introducendo, tra gli altri reati presupposti, anche quelli di corruzione; sia, infine, per la valenza di misure integrative che per alcuni enti assumono le previsioni contenute nella legge n.190/2012.

Tuttavia, tra i due impianti normativi vi sono alcune importanti differenze: il sistema di imputazione di responsabilità all'ente previsto dal d.lgs. n. 231/2001 e non dalla legge n.190/2012; l'esistenza di un catalogo comprendente un numero limitato di reati presupposto solo nel sistema del d.lgs. 231/2001 e non anche nella legge n. 190/2012 (il cui impianto, appunto, si fonda sulla repressione del fenomeno della *maladministration* dai continui quasi mai delimitabili).

Il criterio di imputazione del fatto di reato viene a essere costituito dalla commissione di un delitto a “vantaggio o nell'interesse dell'ente”, da intendersi anche come “interesse del gruppo societario”. Il presupposto soggettivo dell'imputazione di responsabilità all'ente è che il fatto provenga da soggetti che:

- rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione, di direzione dell'ente o di un'unità organizzativa dotata di una sua autonomia finanziaria e funzionale;
- esercitano la gestione e il controllo dello stesso;
- sono sottoposti alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti sopra elencati.

L'impresa può assurgere alla posizione di autonomo soggetto colpevole, e di persona giuridicamente imputabile, insieme alla persona fisica laddove siano sussistenti i criteri di punibilità, al fine di far ricadere una responsabilità anche in capo alla società.

L'unica difesa che può scongiurare la comminazione delle sanzioni è la prova che la società abbia approntato, prima della verifica del fatto, “*modelli di gestione e di organizzazione idonei a prevenire reati della stessa specie di quelle verificatosi*”; al contrario, la responsabilità

rimarrà ferma in capo all'ente, e si considererà provata, ogniqualvolta vi sia assenza dei modelli organizzativi idonei, presenza di modelli inefficaci piuttosto che difettosa costruzione di un modello di organizzazione (che, ad esempio, non preveda strumenti idonei a identificare i rischi).

Il secondo tema, che connota la differenza tra i due sistemi, si fonda sul fatto che, nel caso degli enti privati, le condotte sono sì numerose, molteplici e svariate, ma pur sempre enucleate in categorie, tanto che viene definito “*catalogo dei reati-presupposto per l'attivazione della responsabilità amministrativa*”⁴⁷; qui sta la differenza con la legge n. 190/2012 la quale, come già detto, si occupa di un ambito oggettivo più ampio in cui ruotano concetti come illegalità e corruzione, non esplicitando quindi espressamente un catalogo “chiuso” di condotte rilevanti. Infine, il d.lgs. n. 231/2001 affida all'Organismo di vigilanza, dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, il compito di vigilare sul funzionamento, l'osservanza dei modelli e l'aggiornamento degli stessi (si pensi che, visto il delicato ruolo svolto, in deroga all'art. 2388 c.c., è stata prevista una maggioranza qualificata del Consiglio di Amministrazione per la sua modifica).

6.1. Un confronto tra i meccanismi sanzionatori nei due modelli di gestione e pianificazione del rischio: la tenuta del sistema e il “peso delle responsabilità” in capo all'RPCT.

L'elemento centrale di confronto tra i due impianti e modelli normativi è il sistema di imputazione di responsabilità. La legge n.190/2012 prevede che, in caso di commissione, all'interno della pubblica amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, l'RPCT ne risponderà personalmente “*a meno che non provi*”:

- a) di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al comma 5⁴⁸ e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 (recante l'elenco delle esigenze cui deve far fronte il Piano) e 10 (elenco di compiti affidati al RPCT);
- b) di aver vigilato sul funzionamento e sulla vigilanza del piano.

⁴⁷ Tra gli altri compare l'art. 25 del d. lgs. n. 231/2001, che prevede la commissione dei reati di concussione e corruzione, induzione indebita a dare o promettere utilità ha subito modifiche dalla legge n. 190/2012.

⁴⁸ Le pubbliche amministrazioni centrali definiscono e trasmettono al Dipartimento della funzione pubblica:

- a) un piano di prevenzione della corruzione che fornisce una valutazione del diverso livello di esposizione degli uffici al rischio di corruzione e indica gli interventi organizzativi volti a prevenire il medesimo rischio;
- b) procedure appropriate per selezionare e formare, in collaborazione con la Scuola superiore della pubblica amministrazione, i dipendenti chiamati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione, prevedendo, negli stessi settori, la rotazione di dirigenti e funzionari.

Da qui una certa assonanza con l'efficacia esimente della prova che la società ai sensi dell'art. 6 del d. lgs. n. 231/2001 ha approntato, prima della verifica del fatto, *“modelli di gestione e di organizzazione idonei a prevenire reati della stessa specie di quelle verificatosi”*.

In entrambi i casi, il legislatore prevede – mi si passi l'espressione - degli *“anticorpi organizzativi”*; tuttavia, sotto il profilo delle sanzioni e delle responsabilità vi sono rilevanti differenze.

Il d. lgs. n. 231/2001 contiene infatti in sé un regime sanzionatorio nei confronti dell'ente collettivo che comprende: una sanzione pecuniaria applicata secondo quote; una sanzione interdittiva circa la limitazione della possibilità di esercitare l'attività; sospensione o revoca di autorizzazioni; divieto di contrattare con la pubblica amministrazione; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi e sussidi. Quello previsto dalla legge n. 190/2012 si concretizza invece in una responsabilità penale individuale, disciplinare, erariale e dirigenziale (ex art. 21 del d. lgs. n.165/2001), previsioni sanzionatorie dunque non nuove all'ordinamento giuridico.

A parere di chi scrive, il confronto tra gli impianti sanzionatori messi a confronto merita alcune osservazioni.

Quello previsto dalla legge n.190/2012 non sembra proporzionato rispetto all'articolata struttura organizzativa pensata e predisposta a “monte” della politica di prevenzione della corruzione prevista dal legislatore.

In un certo senso sembra che la complessità della rete di pianificazione, al fine di ridurre i campi possibili in cui potrebbero annidarsi fenomeni corruttivi, sia tradita dalla fase sanzionatoria.

Infatti, a parere di chi scrive, occorre riflettere se nella fase sanzionatoria sia sufficiente lasciare la pubblica amministrazione (e la compagine complessiva) in una sorta di deresponsabilizzazione generale, quando invece i presupposti iniziali del legislatore sembrano marcare un'intenzione quasi opposta: responsabilizzare la pubblica amministrazione nel suo complesso. Per esempio, si pensi come nell'impianto del d. lgs. n. 231/2001 la caratteristica peculiare dell'OdV (Organismo di vigilanza) sia quella di esercitare poteri di impulso nei confronti di comportamenti irregolari o illeciti, tanto da esercitare poteri disciplinari o sanzionatori diretti. È possibile sia che i singoli componenti siano chiamati a rispondere penalmente, sia che si configuri un'ipotesi di reato omissivo proprio laddove si impongano all'organismo specifici obblighi di comunicazione riguardanti atti e fatti indicati dal testo normativo: in questo caso si tende a punire chi, essendovi obbligato, omette di fornire tali comunicazioni. Ci si pone l'interrogativo se, sul fronte pubblicistico, possa ampliarsi il novero dei soggetti responsabili includendo l'organo di indirizzo politico.

Quest'ultimo, infatti, deve: nominare il responsabile; fornire gli *“obiettivi strategici in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza”*; adottare il piano interno; essere centro di un flusso informativo con l'RPCT successivamente alla nomina (art. 1 comma 14 del d. lgs. n. 190/2012), in quanto l'RPCT deve *“segnalare all'organo di indirizzo e all'organismo indipendente di valutazione le disfunzioni inerenti all'attuazione delle misure in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza e indica agli uffici competenti all'esercizio dell'azione disciplinare i nominativi dei dipendenti che non hanno attuato correttamente le misure in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza”*; tuttavia, nonostante questi obblighi e doveri, sembra non possa essere addotta alcun tipo di responsabilità. Valga la stessa riflessione per l'Organismo Indipendente di Valutazione, che dovrebbe, per legge, verificare, anche ai fini della validazione della Relazione sulla *performance*, che i piani triennali per la prevenzione della corruzione siano coerenti con gli obiettivi stabiliti nei documenti di programmazione strategico-gestionale, e che nella misurazione e valutazione delle *performance* si tenga conto degli obiettivi connessi all'anticorruzione e alla trasparenza. Si è consapevoli che possa non essere sempre agevole e automatico individuare quale sia l'organo di indirizzo nelle pubbliche amministrazioni; tuttavia, ipotizzare l'ampliamento del novero soggettivo delle responsabilità potrebbe quanto meno rappresentare una veste più aderente all'architettura complessiva e sistemica della riforma in argomento. A oggi, le responsabilità della violazione o mancata attuazione di previsioni in materia di prevenzione della corruzione contenute nei piani sono riconosciute solo in capo all'RPCT o ai dipendenti; tuttavia, lo stesso Ministro per la Pubblica Amministrazione e Semplificazione ha ampliato il novero, al fine di consentire alle pubbliche amministrazioni soluzioni gestionali diversificate, in base alle specificità *organizzative delle singole amministrazioni pubbliche*.

Dunque, si può ragionevolmente ipotizzare che il ruolo venga svolto da un soggetto che può anche non rivestire funzione dirigenziale, a causa del ridotto numero di personale amministrativo e per le funzioni a ciascuno attribuite (in settori che, magari, sarebbero in conflitto o incompatibili con i compiti dell'RPCT). Ipotizzando di trovarsi in quest'ultima situazione, l'RPCT non solo ha onere di predisporre il piano e aggiornarlo, ma deve trovarsi nella scomoda, seppur reale, situazione di *“controllore”* dell'attuazione delle misure contenute nel piano, segnalando *“disfunzioni inerenti all'attuazione delle misure”* e *“ripetute violazioni delle misure di prevenzione del piano”*. Se è già delicato adempiere per un soggetto in ruolo apicale, si può solo immaginare come sia ancora più complesso farlo da parte di un dipendente. Non si può non dare atto che non sia sempre agevole per l'RPCT scoprire fenomeni di *maladministration*, talvolta non tangibili, occorrendo la segnalazione di altri dipendenti o

collaboratori. Ad ogni buon conto, la responsabilità prevista in capo all' RPCT può qualificarsi di natura soggettiva, poiché potrebbe essere chiamato a rispondere di responsabilità dirigenziale e disciplinare, oltre che di danno all'immagine, per la comminazione di reati da parte dei pubblici dipendenti piuttosto che inesatti adempimenti del piano, o ancora per ripetute inosservanze dello stesso, sempre che non provi di essersi vigilato sull'attuazione dello stesso all'interno della compagine organizzativa.

Come facilmente si può immaginare, in quanto ragionevole, la prima conseguenza di una previsione di tale tenore è che l'RPCT abbia, intanto, la premura di adempiere formalmente alle disposizioni normative mediante invio di comunicazioni scritte che comprovino, quanto meno, l'impegno assunto nella sorveglianza dell'attuazione del piano. Tuttavia, si può altresì immaginare che l'RPCT possa essere isolato e lasciato solo, senza il supporto di un clima di collaborazione all'interno dell'ente volto a smascherare le "mele marce" del sistema.

La legge ha dunque previsto per l'RPCT, vista la sua oggettiva esposizione a situazioni di particolare complessità, la possibilità di segnalare all'ANAC eventuali disfunzioni nel sistema, che può a sua volta chiedere informazioni all'organo di indirizzo e intervenire, laddove si presentino misure discriminatorie, dirette o indirette, nei confronti dell'RPCT al fine di poter essere tutelato.

In ultimo, una breve riflessione sulle risorse economiche essenziali affinché possa effettivamente attuarsi la riforma in oggetto. La legge n. 190/2012 ha previsto in capo all'RPCT *"risorse economiche e professionali"*; il Dipartimento della Funzione pubblica ha chiarito che *"considerato il delicato compito svolto dal RPCT, le amministrazioni devono assicurargli un adeguato supporto, mediante assegnazione di appropriate risorse umane, strumentali e finanziaria, nei limiti della disponibilità di bilancio"*. Ci si chiede se effettivamente queste risorse siano state stanziare a favore dell'RPCT al fine di permettere allo stesso di svolgere compiti così rilevanti.

A ogni modo, l'RPCT rappresenta un ruolo cardine nella riforma amministrativa di prevenzione della corruzione, tanto che ancora oggi si tratta di un tema attuale e dibattuto in quanto, talvolta, sembrano minarsi le fondamenta dell'impianto, quando lo stesso RPCT sia immune da influenze negative.

Di recente la figura dell'RPCT è stata oggetto di scambi di battute su testate giornalistiche. A tal proposito si riportano le parole del Presidente ANAC, Raffaele Cantone: *"che non si tratta di ufficiali di polizia né giudiziaria né di sicurezza ma di soggetti chiamati a far rispettare un impianto di norme (dai piani di prevenzione, ai codici etici alle norme sulla trasparenza) che,*

anche secondo i migliori standard internazionali, hanno come obiettivo di provare ad evitare che la corruzione si verifichi!”⁴⁹.

È doveroso riconoscere l’impegno dei Responsabili, nominati da almeno 15 mila pubbliche amministrazioni, nel perseguire l’obiettivo della prevenzione della corruzione. Tuttavia, non si può non tenere conto di un serio problema: il rischio che la figura di Responsabile della prevenzione e della corruzione sia oggetto di pressione politiche, o che quel ruolo sia ricoperto da dirigenti dalla condotta discutibile, sminuendo così una funzione fondamentale per contrastare il malaffare nella Pubblica Amministrazione.

7. La trasparenza da “*patrimonio della collettività*” a strumento di lotta contro la corruzione.

Il principio della trasparenza rappresenta certamente un istituto centrale della politica di prevenzione della corruzione, tanto che la programmazione delle azioni interne alle pubbliche amministrazioni, volta a rendere trasparente i processi decisionali, è collocata in una specifica sezione del piano anticorruzione.

Come noto, la trasparenza dell’azione amministrativa ha conosciuto negli ultimi anni una profonda evoluzione. A partire dall’entrata in vigore della legge n. 241/1990 “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”, il legislatore ha inserito a pieno titolo tra i principi edificanti l’azione amministrativa quello di pubblicità, considerato una *species* di quello della trasparenza⁵⁰. Con l’entrata in vigore della successiva legge n.15/2005 dal titolo “*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull’azione amministrativa*”, la trasparenza è diventata un autonomo principio tra quelli già enucleati all’art. 1 della legge n. 241/90. Ciò ha sollevato alcune questioni interpretative, di cui la dottrina si è occupata al fine di definire in cosa si differenziasse la pubblicità dalla trasparenza⁵¹: la prima implica un’attività dell’amministrazione, la quale, per pubblicizzare un’informazione deve prima individuarla, distinguerla dalle altre notizie, e solo successivamente tradurla all’esterno all’attenzione degli

⁴⁹ R. CANTONE, “*La prevenzione della corruzione, i poteri dell’Autorità* Lettera del Presidente dell’Anac, Raffaele Cantone, al Corriere della Sera sui responsabili anticorruzione delle P.A.”, 16/10/2018 sul sito internet <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/News> contenente alcune precisazioni in merito all’articolo di Milena Gabanelli pubblicato in data 15/10/2018 sul medesimo quotidiano.

⁵⁰ L’introduzione, in via generale, di questo istituto quale applicazione concreta del “principio di trasparenza” introdotto con la legge 7 agosto 1990, n. 241, è stato, dall’allora Ministro della Funzione Pubblica, Remo Gaspari, definito come “*una rivoluzione copernicana*” nel rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini.

⁵¹ Sulla trasparenza amministrativa dopo la riforma del 2005 si veda F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa (voce)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5945. Più nello specifico sul tema M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA – F. SAITTA, (a cura di), *I principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012.

utenti o di chi ne faccia richiesta; la seconda presuppone invece uno sforzo organizzativo che consenta la visibilità dell'azione amministrativa in aperto contraddittorio con i soggetti interessati. A bilanciare l'apertura riconosciuta in forza dei due principi sembrava essere quel divieto secondo cui *“l'esercizio di accesso non può e non deve tradursi in un controllo diffuso da parte del cittadino sull'operato della pubblica amministrazione”*. Come se, di fatto, l'istituto del diritto di accesso fosse destinato a rimanere strumento di attuazione del principio di pubblicità, e non anche di quello di trasparenza. L'inizio della digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, avvenuta con l'emanazione del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, il cosiddetto *Codice dell'amministrazione digitale* (di seguito per brevità anche “CAD”), ha dato avvio a un cambiamento sotto il profilo degli strumenti messi a disposizione dei cittadini per effettuare l'accesso alle informazioni di cui le pubbliche amministrazioni dispongono. Si prevede infatti la modalità digitale per *“la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale”* (art. 2, comma 1). Per la prima volta è stato introdotto l'obbligo, per ogni pubblica amministrazione, di istituire un'apposita sezione nel proprio sito internet istituzionale dove pubblicare dati e informazioni⁵², introducendo il cosiddetto *accesso telematico* ai documenti, e assicurando la partecipazione dei cittadini e delle imprese al *“procedimento informatico”*. A partire dal 2012 la tecnologia è dunque entrata a pieno titolo nell'istituto del diritto di accesso, considerando l'obbligo, in capo alle pubbliche amministrazioni, di rendere accessibili in ogni momento agli interessati le informazioni relative ai procedimenti e ai provvedimenti amministrativi che li riguardano (ivi comprese quelle relative allo stato della procedura, ai tempi e allo specifico ufficio competente in ogni fase del procedimento) tramite strumenti di identificazione informatica, di cui al comma 1 dell'art. 65 del Codice dell'amministrazione digitale.

Tuttavia, il divieto del controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni sembra venire definitivamente meno, sotto un profilo sia formale che sostanziale, con l'entrata in vigore della legge n.150/2009 che definisce la trasparenza come *“accessibilità totale dei documenti amministrativi a fine di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi del buon andamento e imparzialità”* (art. 11).

La trasparenza è pensata in funzione del cosiddetto *open data* e del conseguente *open government*, andando ad ampliare la definizione di partecipazione, da intendersi come effettiva collaborazione tra amministrazione e cittadino, idonea a migliorare le pratiche di “buona

⁵² Sul punto si veda E. CARLONI, *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, 2005; I.D. *Amministrazione aperta e governance dell'Italia digitale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 1041.

amministrazione”⁵³. Non a caso, nella riforma del 2009⁵⁴, il legislatore ha collegato l’accessibilità totale delle informazioni della pubblica amministrazione alle modalità di misurazione e valutazione delle *performance* dei dipendenti pubblici. La trasparenza dell’azione amministrativa viene dunque ad assurgere a elemento su cui anche valutare la *performance* del dipendente pubblico.

Il percorso di evoluzione del concetto e del significato del principio di trasparenza prosegue, e con l’emanazione della legge n. 190/2012 viene elevato a misura preventiva di lotta contro il fenomeno corruttivo⁵⁵, il che implica nuovi oneri e obblighi in capo alle pubbliche amministrazioni⁵⁶. Molte previsioni attengono alla trasparenza dell’operato delle pubbliche

⁵³ La trasparenza che conduce alla “buona organizzazione” interna alla pubblica amministrazione è prevista da una serie di disposizioni: la legge n. 241/1990 ha previsto la pubblicazione delle direttive, dei programmi, delle istruzioni, delle circolari e di ogni atto che dispone in generale sulla organizzazione; il Codice dell’Amministrazione digitale, d.lgs. n. 82/2005, art. 54, c. 1, lett. a), ha introdotto l’obbligo di pubblicare sui siti delle pubbliche amministrazioni “l’organigramma, l’articolazione degli uffici, le attribuzioni e l’organizzazione di ciascun ufficio anche di livello dirigenziale non generale”; l’art. 11, c. 1, del d. lgs n. 150/2009 prevede l’obbligo di pubblicare sui siti istituzionali delle amministrazioni, le informazioni concernenti ogni aspetto dell’organizzazione. Per i procedimenti amministrativi, le sovrapposizioni evidenziate attengono in particolare agli atti e ai documenti che l’istante ha l’onere di produrre a corredo dell’istanza, previsto nel d. l. n. 70/2011 art. 6, c. 1, lett. b), nonché nella l. n. 180/2011, art. 6, c. 6 (Statuto delle imprese).

⁵⁴ Si tratta della “Riforma Brunetta” che segna una svolta fondamentale scegliendo la trasparenza quale strumento per valutare la *performance* e i risultati dell’amministrazione, realizzando “*forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buona fede e di imparzialità*”. Con il decreto Brunetta, infatti, mutano sia ‘oggetto della trasparenza’ - da informazioni attinenti al procedimento amministrativo e provvedimento, a tutte le informazioni attinenti all’attività delle pubbliche amministrazioni - alle modalità di accesso delle informazioni, non facendo ricorso al solo diritto di accesso per il tramite di istanze ma alla conoscibilità tramite la pubblicazione sui siti istituzionali.

⁵⁵ P. CANAPARO, *L’anticorruzione e la trasparenza: le questioni aperte e al delega sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi.it*, 13 gennaio 2016.

⁵⁶ La riforma avverrebbe mediante i seguenti principi e criteri direttivi: a) ricognizione e coordinamento delle disposizioni che prevedono obblighi di pubblicità a carico delle amministrazioni pubbliche;

b) previsione di forme di pubblicità sia in ordine all’uso delle risorse pubbliche sia in ordine allo svolgimento e ai risultati delle funzioni amministrative;

c) precisazione degli obblighi di pubblicità di dati relativi ai titolari di incarichi politici, di carattere elettivo o comunque di esercizio di poteri di indirizzo politico, di livello statale, regionale e locale. Le dichiarazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria di cui alla lettera a) devono concernere almeno la situazione patrimoniale complessiva del titolare al momento dell’assunzione della carica, la titolarità di imprese, le partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado di parentela, nonché tutti i compensi cui dà diritto l’assunzione della carica;

d) ampliamento delle ipotesi di pubblicità, mediante pubblicazione nei siti web istituzionali, di informazioni relative ai titolari degli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, sia con riferimento a quelli che comportano funzioni di amministrazione e gestione, sia con riferimento agli incarichi di responsabilità degli uffici di diretta collaborazione;

e) definizione di categorie di informazioni che le amministrazioni devono pubblicare e delle modalità di elaborazione dei relativi formati;

f) obbligo di pubblicare tutti gli atti, i documenti e le informazioni di cui al presente comma anche in formato elettronico elaborabile e in formati di dati aperti. Per formati di dati aperti si devono intendere almeno i dati resi disponibili e fruibili on line in formati non proprietari, a condizioni tali da permetterne il più ampio riutilizzo anche a fini statistici e la ridistribuzione senza ulteriori restrizioni d’uso, di riuso o di diffusione diverse dall’obbligo di citare la fonte e di rispettarne l’integrità;

g) individuazione, anche mediante integrazione e coordinamento della disciplina vigente, della durata e dei termini di aggiornamento per ciascuna pubblicazione obbligatoria;

h) individuazione, anche mediante revisione e integrazione della disciplina vigente, delle responsabilità e delle sanzioni per il mancato, ritardato o inesatto adempimento degli obblighi di pubblicazione.

amministrazioni in più settori specifici⁵⁷. A titolo esemplificativo, un'attenzione particolare è stata rivolta dal legislatore alle procedure di appalto: le stazioni appaltanti sono tenute a pubblicare nei propri siti web istituzionali le informazioni relative a procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici, e in particolare la struttura proponente, l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dell'opera servizio o fornitura, oltre che l'importo delle somme liquidate. Entro il 31 gennaio di ogni anno deve esser pubblicata una tabella riassuntiva resa liberamente scaricabile in formato digitale, standard aperto ed inviato all'autorità che, a sua volta, pubblica i dati all'interno di una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini.

In attuazione della legge n.190/2012 è stato emanato il Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33⁵⁸, le cui disposizioni sono volte a integrare l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, e costituiscono altresì esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera r), della Costituzione.

L'entrata in vigore del d. lgs. n. 33/2013 ha segnato un'ulteriore svolta: infatti, mentre nel 2009 la trasparenza aveva il significato di rendere accessibili i documenti al fine di assicurare un *“controllo diffuso sulle amministrazioni nel rispetto dei principi di buon andamento”*, a partire dal d. lgs. n. 33/2013 la stessa accessibilità è volta a consentire il controllo diffuso sul *“perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”*⁵⁹. L'istituto

⁵⁷ Oltre al settore appalti ve ne sono altri come: a) autorizzazione o concessione; b) scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163; c) concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati; d) concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera.

⁵⁸ La legge n. 190/2012 prevedeva alcuni criteri direttivi. Sono previsti principi e criteri direttivi che il Governo deve rispettare per l'esercizio della delega legislativa. Essi in particolare riguardano: a) la ricognizione e coordinamento delle disposizioni che prevedono obblighi di pubblicità a carico delle Amministrazioni Pubbliche; b) la previsione degli obblighi di pubblicità in ordine all'uso delle risorse pubbliche sia in ordine allo svolgimento e ai risultati delle funzioni amministrative; c) la precisazione degli obblighi di pubblicità di dati relativi ai titolari di incarichi politici di carattere elettivo o comunque nell'esercizio di poteri di indirizzo politico, di livello statale, regionale e locale; d) l'ampliamento delle ipotesi di pubblicità, mediante i siti istituzionali, delle informazioni relative ai titolari di incarichi dirigenziali nelle Pubbliche Amministrazioni; e) la definizione di categorie di informazioni che le amministrazioni devono pubblicare e le modalità di elaborazione dei relativi formati; obbligo di pubblicare i dati in formato aperto, nel senso senza formato non proprietario; e) individuazione dei termini di aggiornamento dei dati pubblicati; f) individuazione, anche mediante revisione e integrazione della disciplina vigente, delle responsabilità e delle sanzioni per il mancato, ritardato o inesatto adempimento dei dati e documenti.

⁵⁹ Per un commento sul d.lgs.33/2013 vedasi, tra l'altro, M. CLARICH, *I nuovi obblighi sulla diffusione delle informazioni trasformano gli uffici pubblici in “case di vetro”*, in *Guida al diritto*, 2013, n. 18, 64 ss; M. SAVINO,

che più di ogni altro può assicurare la trasparenza amministrativa è, dunque, proprio l'accessibilità totale delle informazioni e dei documenti riguardanti l'azione amministrativa nel suo complesso. Il diritto di accesso ai documenti diventa così solo uno delle altre forme di accesso che sono connotate dal termine "diffuso", posto che chiunque può conoscere atti e documenti che connotino le decisioni e l'attività della pubblica amministrazione, salvo esclusioni contemplate direttamente dalla legge. Oggi, ogni cittadino può esercitare una sorta di "*controllo democratico*" sullo svolgimento dell'attività amministrativa, sulla correttezza, sull'imparzialità delle decisioni assunte nel rispetto di interessi sociali e precetti costituzionali. Così, accanto al diritto di accesso documentale (o partecipativo) ai sensi del primo comma dell'art. 5 del d. lgs. n. 33/2013, è stato introdotto l'istituto del diritto di accesso civico, per tale intendendosi il "*diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione*" a seguito della presentazione di una istanza, non motivata, all'RPCT. La scelta di individuare nell'RPCT il soggetto deputato a ricevere l'istanza di accesso civico, mettendolo così subito al corrente della richiesta, rappresenta un chiaro intento del legislatore: far sì che i cittadini possano effettuare un controllo e che il controllo consista in un deterrente per il diffondersi di fenomeni corruttivi al fine di promuovere la legalità. Il diritto di accesso civico, insomma, è come se fosse uno strumento con funzione reattiva dinanzi all'inadempimento di pubblicazione sul sito istituzionale degli enti, obbligatoria per legge o regolamento⁶⁰.

Solo a partire dal 2016, con l'entrata in vigore del d. lgs 25 maggio 2016, n. 97 recante "*Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in*

La nuova disciplina della trasparenza amministrativa, in *Giorn. di dir. amm.*, 2013, 8-9, 795 ss.; B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013; G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?* in *Giorn. di dir. amm.*, 2014, 8-9, 875 ss; A. PORPORATO, *Il nuovo accesso civico "generalizzato" introdotto dal d. lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della Riforma Madia e i modelli di riferimento*, 14 giugno 2017, in www.federalismi.it. D. U. GULETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013-5/2016*, in www.federalismi.it, 2016; D.U. GALETTA - P. PROVENZANO, *Sul d. lgs. n. 97/2016, recante modifiche alla disciplina sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione*, in *Le nuove regole della semplificazione amministrativa. La legge n. 241/1990 nei provvedimenti attuativi della riforma Madia*, a cura di M- A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2016.

⁶⁰ Gli obblighi di pubblicazione concernono diversi settori sulla organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione: i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione e di governo e titolari di incarichi dirigenziali; titolari di collaborazioni o incarichi di consulenza; incarichi conferiti nelle società controllate; amministratori ed esperti nominati da organi giurisdizionali o amministrativi; dotazione organica e costo del personale; incarichi conferiti ai dipendenti; alla valutazione della *performance* o al riconoscimento di premi; gli atti di concessioni o sovvenzioni economiche, sussidi e vantaggi economici. Il decreto legislativo contempla, inoltre, obblighi di pubblicazione in settori speciali quali: i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; la pianificazione, realizzazione e valutazione delle opere pubbliche; la pianificazione e il governo del territorio oltre alla trasparenza del servizio sanitario nazionale e alle informazioni in materia ambientale.

materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche” di attuazione della delega di cui all’art. 7 della legge 124/2015 recante “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”, il legislatore ha previsto un coordinamento tra le previsioni in materia di trasparenza e quelle di pianificazione includendo, appunto, il coordinamento tra le previsioni in materia di trasparenza e le disposizioni volte a elaborare il piano triennale per la prevenzione della corruzione.

A tal proposito, ogni amministrazione, in una sezione apposita del Piano triennale per la prevenzione della corruzione, deve indicare i responsabili della trasmissione e della pubblicazione dei documenti, delle informazioni e dei dati ai sensi del presente decreto.

La revisione della normativa in materia di accesso ha vari scopi: ridefinire l’ambito di applicazione degli obblighi e delle misure in materia di trasparenza; prevedere misure organizzative per la pubblicazione di alcune informazioni e per la concentrazione e la riduzione degli oneri gravanti in capo alle amministrazioni pubbliche; razionalizzare e precisare gli obblighi di pubblicazione; individuare i soggetti competenti all’irrogazione delle sanzioni per la violazione degli obblighi di trasparenza⁶¹.

Infatti, le modifiche del 2016 al d. lgs. n. 33/2013 hanno introdotto il cosiddetto *diritto di accesso generalizzato* che riguarda dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni “*ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del d. lgs. 33/2013 nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall’art. 5 bis, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo di risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*”.

Come visto, mentre il diritto partecipativo e documentale ai sensi della legge n. 241 del 1990 è precluso laddove le istanze di accesso siano preordinate al controllo generalizzato dell’operato delle pubbliche amministrazioni, il diritto di accesso generalizzato è invece stato istituito proprio al fine di allineare l’Italia agli standard richiesti a livello internazionale.

⁶¹ Il Consiglio di Stato, pronunciandosi sul decreto legislativo n. 97 del 2016, ha specificato che la trasparenza si pone non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come “*punto di confluenza*” dei principi giuridici, costituzionalmente previsti, dell’azione amministrativa alla luce del nuovo modo di intendere l’interesse pubblico “*causa*” del provvedimento amministrativo. Infatti, se “l’interesse pubblico non può più essere rigidamente predeterminato e imposto, ma costituisce in concreto la risultante di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare sempre più attivamente i componenti della comunità, occorre anche “rendere visibile” il modo di formazione dell’interesse medesimo, i soggetti che vi concorrono, le fasi del procedimento di formazione dell’atto, nonché “rendere conoscibili” i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate”. In tale senso, essenziale per la partecipazione non solo al singolo procedimento da parte degli interessati ma ai pubblici poteri nel senso genericamente inteso. (Consiglio di Stato, Sez. Cons. Atti Normativi, 24 febbraio 2016, n. 343).

A differenza del diritto civico, il diritto di accesso generalizzato garantisce il bene “conoscenza” in via autonoma, a prescindere dalla titolarità di un interesse qualificato e differenziato. Infatti, esso non riguarda esclusivamente le informazioni oggetto di pubblicazione, poiché il solo limite al diritto di conoscere è rappresentato dagli interessi pubblici e privati espressamente indicati dall’art. 5-bis del d. lgs. n. 33/2013. L’attuale normativa in materia di trasparenza rappresenta l’ultimo approdo delle politiche precedenti, che rappresentavano il tentativo del legislatore italiano di differenziarsi e mantenere saldo il principio dell’accessibilità solo se prevista per legge o regolamento. Infatti, fino a oggi, gli obblighi di pubblicazione di atti e documenti erano previsti per legge, tanto da far sì che l’accesso rappresentasse eccezione alla regola. Tuttavia, la previsione di obblighi di legge non è sembrata sufficiente al fine di creare la sperata “casa di vetro”, tanto che si è voluto ripristinare il fisiologico rapporto di strumentalità tra pubblicazione e accesso in virtù del riconoscimento del “*right to know*” come diritto fondamentale della persona⁶². L’ordinamento giuridico accoglie il principio del diritto alla conoscenza sussumendo lo stesso a un principio contenuto in fonte di rango primario, in aderenza al modello “*Freedom of Information Act*”, il cosiddetto “FOIA”, largamente prevalente non solo in Europa ma anche a livello internazionale⁶³: “*chiunque può accedere a qualsiasi informazione in possesso delle pubbliche amministrazioni italiane, se non vi osterà uno degli interessi pubblici o privati espressamente indicati dalla legge*”⁶⁴.

Il giudice amministrativo ha salutato la riforma in materia di accesso come ulteriore strumento di lotta di prevenzione alla corruzione affermando: “*per la giurisprudenza di questo Consiglio, il diritto d’accesso è collegato a una riforma di fondo dell’amministrazione, ispirata ai principi di democrazia partecipativa, della pubblicità e trasparenza dell’azione amministrativa (desumibili dall’art. 97 della Costituzione), che si inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all’informazione dei cittadini rispetto all’organizzazione e alla attività soggettivamente amministrativa (Cons. St., Ad. Plen., 18 aprile 2006, n. 6), quale strumento di*

⁶² Sulla garanzia, nei sistemi FOIA, della libertà di accedere alle informazioni come diritto fondamentale della persona, tra gli altri R. PELED E Y. RABIN, *The Constitutional Right to Information*, in *Columbian Human Rights Law Review*, 2011, 42, 357 s.s., e P. BIRKINSHAW, *Transparency as a Human Right*, in C. HOOD – D. HEALD (Eds.), *Transparency: The Key to Better Governance?*, Oxford, 2006, 47 ss.

⁶³ Articolo 42 della Carta dell’Unione Europea Diritto d’accesso ai documenti “*Qualsiasi cittadino dell’Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione*”.

⁶⁴ G. P. CIRILLO, *Diritto all’accesso e diritto alla riservatezza: un difficile equilibrio mobile*, intervento svolto al Forum PA 11 maggio 2004 nell’ambito di un Seminario organizzato dal Dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, sul tema “*Il diritto di accesso ai documenti amministrativi tra presente e futuro*”, reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

*prevenzione e contrasto sociale ad abusi ed illegalità degli apparati pubblici latamente intesi*⁶⁵.

Il tema, affrontato tanto dalla giurisprudenza⁶⁶ quanto dalla dottrina⁶⁷, sembra dunque essersi spostato sui limiti del diritto di accesso⁶⁸, sulla base dei quali si misurano anche gli oneri amministrativi e gli obblighi di pubblicazione da parte delle pubbliche amministrazioni, e si stabilisce un dialogo tra legislatore e autorità amministrativa Garante della Privacy⁶⁹.

⁶⁵ Nel caso di specie, si trattava della richiesta di ostensione di atti riguardanti lo *status* o comunque lo svolgimento della carriera di un dipendente della pubblica amministrazione, relativamente ai quali il Consiglio di Stato ha affermato che *“in linea di principio non sono configurabili controinteressati in senso tecnico (non potendosi ipotizzare alcuna lesione della loro sfera giuridica nel caso di ostensione degli atti), tranne i casi i cui siano chiesti atti concernenti loro dati sensibili (per tutte, Sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2093)”* (Consiglio di Stato, sez. V, 17 marzo 2015, n. 1370).

⁶⁶ Da intendersi come se essa *“risulti manifestamente irragionevole, tale cioè da comportare un carico di lavoro in grado di interferire con il buon funzionamento dell’amministrazione. Tali circostanze, adeguatamente motivate nel provvedimento di rifiuto, devono essere individuate secondo un criterio di stretta interpretazione, ed in presenza di oggettive condizioni suscettibili di pregiudicare in modo serio ed immediato il buon funzionamento dell’amministrazione”*.

A tal proposito, recente giurisprudenza amministrativa ha elaborato un ulteriore confine di legittimità di esso il cui parametro è direttamente la finalità intrinseca dell’istituto, così come previsto per legge *“uno strumento di tutela dei diritti dei cittadini e di promozione della partecipazione degli interessati all’attività amministrativa”*. Dunque, esso, secondo il giudice amministrativo, *“non può essere utilizzato in modo disfunzionale rispetto alla predetta finalità ed essere trasformato in una causa di intralcio al buon funzionamento dell’amministrazione”*. Il delicato bilanciamento tra l’applicazione dell’istituto e il rischio di *“effetto boomerang”* sull’efficienza dell’Amministrazione deve essere operato caso per caso da parte dell’Amministrazione. Nel caso di specie si trattava della richiesta di accesso di *“tutte le determinazioni complete degli allegati emanate nel corso dell’anno 2016 da tutti i Responsabili dei servizi nell’anno 2016”* (TAR Milano, Sez. III 11 ottobre 2017, n. 1951).

⁶⁷ G. P. CIRILLO, *Op. cit.*

⁶⁸ L’attuazione del diritto di accesso generalizzato, dunque, dipende dall’interpretazione dei limiti di esso; i limiti e le esclusioni, contenute nell’art. 5-bis, sono previsti a tutela di interessi pubblici (c. d. eccezioni assolute perché previste dalle leggi o dai regolamenti) tra cui a) la sicurezza pubblica e l’ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive e di interessi privati (c.d. eccezioni relative). Tra questi compaiono: a) protezione dei dati personali; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica e giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d’autore e i segreti commerciali. Per entrambi gli interessi il legislatore ha espressamente previsto che *“l’accesso civico di cui al comma 2 è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di interessi [...]”* (comma 1 e comma 2 dell’art. 5-bis del d. lgs. n. 33/2013).

⁶⁹ Ad esempio Antonello Soro, Presidente dell’Autorità Garante per i dati personali ha indirizzato una lettera al Ministro Marianna Madia, Ministro per la Semplificazione e pubblica amministrazione, rimarcando che secondo la più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, l’art. 10 della CEDU, citata quale parametro di fonte di rango internazionale del diritto di accesso generalizzato, non conferisce, in via generale, all’individuo il diritto di accesso alle informazioni in possesso delle autorità pubbliche, né obbliga tali autorità a conferire allo stesso medesime funzioni. Dunque, le informazioni oggetto di accesso devono attenersi a *“questioni di interesse pubblico e che, pertanto, l’accesso alle informazioni in possesso delle autorità pubbliche possa ritenersi strumentale all’esercizio della libertà del richiedente di ricevere e di diffondere al pubblico le medesime informazioni, di modo che il diniego dell’accesso costituirebbe una lesione della libertà* (Magyar Helsinki Bizottság v. Ungheria, 8 Novembre 2016, parr. 156 e 160-163); Il testo completo della lettera è reperibile sul sito <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb>.

CAPITOLO II

FOCUS SULLA RIFORMA DEGLI APPALTI PUBBLICI: NUOVI ISTITUTI GIURIDICI E APPROCCI DI REGOLAZIONE NEL CONTRASTO DELLA CORRUZIONE

SOMMARIO: 1. La corruzione nel settore degli appalti. 2. Evoluzione della disciplina degli appalti ed esigenze di riordino. 3. La riforma appalti: dalla bulimia normativa alla burocrazia di qualità. 4. La centralità dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella lotta contro la corruzione. 5. Istituti giuridici di prevenzione e lotta contro la corruzione nel D. Lgs. 50/2016. 5.1. Conflitto di interessi. 5.2. La creazione di un Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici. 5.3 La programmazione degli acquisti e dei lavori pubblici. 5.4. Aggregazione e centralizzazione delle committenze e qualificazione. 5.5 *Rating* di impresa e di legalità.

Nel primo capitolo si sono analizzati gli interventi di natura preventiva amministrativa contro la corruzione mediante l'emanazione della legge 190/2012. Sul piano legislativo, un secondo momento cruciale, contro la corruzione, di cui si tratterà più ampiamente nel presente capitolo, è rappresentato dall'emanazione del d.lgs. 50/2016, che ha riformato la materia degli appalti precedentemente regolata con d.lgs. 163/2006 e con il regolamento di attuazione.

Per il settore che più di altri vede elevato il rischio di infiltrazione del fenomeno corruttivo nelle maglie decisionali delle stazioni appaltanti, il legislatore nazionale, in occasione dell'attuazione delle direttive europee in materia di appalti e concessioni, ha enucleato strumenti di regolazione flessibile emanate dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), cui sono stati attribuiti poteri e funzioni di controllo, vigilanza e regolazione del settore rendendola così un *unicum* nel panorama delle autorità amministrative indipendenti italiane.

1. La corruzione nel settore degli appalti.

Dalle rilevazioni del Parlamento europeo emerge che: *“il settore degli appalti pubblici è quello più esposto ai rischi di gestione irregolare, frode e corruzione e che queste condotte illecite distorcono il mercato, provocano un aumento dei prezzi e delle tariffe pagate dai consumatori per l'acquisto di beni e servizi e diffondono sfiducia nell'Unione europea e invita gli Stati membri a dare priorità alla lotta contro la corruzione anche per il tramite dell'applicazione delle direttive sui contratti pubblici”*⁷⁰.

La Commissione europea, nella *Relazione della commissione al consiglio e al parlamento europeo sulla lotta contro la corruzione del 2014*⁷¹, ha enucleato alcune tra le principali patologie delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici che comportano l'insinuarsi di fenomeni corruttivi: l'indicazione di specifiche tecniche 'su misura' per determinati

⁷⁰ Punto 27 della Risoluzione del Parlamento europeo del 6 maggio 2010 sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità e la lotta contro la frode, P7_TA (2010) 0155 reperibile sul sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52010IP0155>.

⁷¹ Si tratta della COM (2014) 38 finale Reperibile sul sito http://trasparenza.formez.it/sites/all/files/rapporto_ue_anticorruzione_italia_0.pdf.

operatori economici; la partecipazione degli offerenti nella definizione dei documenti di gara; l'individuazione di criteri di selezione poco chiari; l'utilizzo di criteri di selezione ingiustificati e sproporzionati; l'utilizzo di criteri discriminatori; l'abuso degli accordi quadro; pratiche urbanistiche opache correlate a procedure di opere pubbliche; i conflitti di interesse. Lo stesso documento riporta che molti comportamenti sono indirizzati a eludere le disposizioni volte a individuare degli obblighi particolare in materia di pubblicità⁷², vale a dire: eccezioni non giustificate alla pubblicazione; applicazioni indebite delle norme sulla collaborazione tra le pubbliche amministrazioni (come i rapporti *in house*); ricorso non giustificato alle procedure di negoziazione senza pubblicità; frazionamento dei contratti per evitare maggiori forme di pubblicità richieste dal legislatore; affidamenti diretti; abuso delle procedure d'urgenza e in emergenza; uso indebito della giustificazione "sicurezza e difesa". Altre ancora riguardano il prezzo del contratto: calcolo non corretto del valore a base di gara; abuso dei criteri di aggiudicazione del prezzo più basso, ancorché non in grado di assicurare l'interesse pubblico sotteso all'aggiudicazione del contratto; suddivisione di gare al fine di superare le disposizioni in materia di trasparenza. Infine, con riferimento alla fase dell'esecuzione, vengono segnalati la modificazione ingiustificata delle condizioni contrattuali e le mancanze nella fase di supervisione e controllo della fase di esecuzione del contratto. Allo stesso tempo, durante l'esecuzione, emergono criticità collegate alla modifica delle condizioni del contratto in corso di esecuzione⁷³.

La storia italiana, anche più recente, è purtroppo costellata da scandali corruttivi nella materia appalti dall'importante impatto sull'opinione pubblica e di forte eco mediatica: si pensi a Tangentopoli (1992)⁷⁴ e a Mafia Capitale (2015), al caso Expo 2015 o allo scandalo Mose⁷⁵,

⁷² In questa fase, inoltre, possono verificarsi problemi causati da conflitti di interesse e corruzione. Facendo riferimento ai tre principali problemi emersi a livello spagnolo, senza dubbio il più ricorrente è rappresentato dal ricorso ingiustificato alla procedura negoziata.

⁷³ J.M.G. FELIU, *Il necessario big-bang dell'anticorruzione nel settore dei contratti pubblici e le forme di controllo*, in *Rivista trimestrale degli appalti, Osservatorio di diritto comunitario e nazionale*, fasc. 1, 2017.

⁷⁴ Tangentopoli è un termine usato in Italia dal 1992 per definire un sistema diffuso di corruzione politica partito dal caso dell'arresto di M. Chiesa, amministratore socialista del Pio albergo Trivulzio. L'enciclopedia Treccani fornisce così una definizione di Tangentopoli, parola ormai entrata nel gergo comune e nel linguaggio giornalistico: "città in cui è diffuso il malcostume di pretendere e incassare tangenti, ossia somme di denaro richieste in cambio di favori, concessioni o altre forme d'intermediazione illecite da parte di chi è in grado d'influenzare la buona riuscita di tali affari o pratiche. Per estensione, il fenomeno, lo scandalo delle tangenti nella pubblica amministrazione e in ambienti politici. L'uso del termine si è affermato a partire dal 1992 in seguito alle inchieste giudiziarie svolte dalla magistratura di Milano e successivamente condotte anche in altre città d'Italia, che portarono alla dissoluzione di alcuni partiti storici italiani (tra cui DC e PSI)". Tra le monografie sul tema di ricordano R. SCIARRONE, *Politica e corruzione: partiti e reti di affari da tangentopoli a oggi*, Roma, 2017; M. ALAMGISTI, L. LANZALACO, L. VERZICHELLI, *La transizione politica italiana: da Tangentopoli a oggi*, Roma, 2014; F. FERRERO, *Alla fine della fiera: Tangentopoli vent'anni dopo*, 2012.

⁷⁵ Alcuni esponenti della dottrina hanno sostenuto che gli scandali EXPO e Mafia Capitale forniscono la rappresentazione di come il processo corruttivo non si limiti più a uno scambio fra soldi e decisioni politiche o amministrative, ma che lo stesso ambiente amministrativo, in cui sono ricompresi gli enti territoriali, si sia fatto

che rappresentano come negli anni si sia verificato un cambiamento nel modo di manifestarsi del fenomeno corruttivo⁷⁶.

Tra le cause che concorrono alla diffusione dei fenomeni corruttivi vi è certamente l'ingente somma di denaro e i numerosi interessi che riguardano il settore degli appalti: si pensi solo che esso rappresenta 7% del PIL nazionale⁷⁷. Un'altra ragione attiene alle caratteristiche intrinseche della materia, quali la complessità di tipo tecnico, e la regolazione capillare e soggetta a continue modifiche. Considerata la complessità di alcuni attuali bisogni della società, il perseguimento dell'interesse o del bene pubblico tramite l'espletamento di una procedura a evidenza pubblica può riflettere proprio la complessità che caratterizza la materia. Tuttavia, a testimonianza della difficoltà intrinseca di contenere, disciplinare e aggiornare un impianto legislativo che deve regolare una materia molto ampia e variegata, nel corso degli anni la legislazione si è tradotta in un susseguirsi, per certi aspetti disarmonico, di disposizioni che si sono sovrapposte nel tempo. A ciò si aggiungano i regimi transitori, che si sono succeduti negli anni, la cui applicazione comporta così tante incertezze che talvolta esse attendono l'emanazione delle disposizioni onde evitare di imbattersi in errori di redazione di

humus perfetto per il dilagare della corruzione, creando una sorta di area grigia di professionisti all'interno degli apparati burocratici, come se vigesse un sistema a parte caratterizzato dallo scambio fra le sole risorse pubbliche. "Il soggetto pubblico crea o incoraggia a nascere una società formalmente privata, partecipandovi attraverso persone a lui vicine (...) la società privata esiste e prospera, nel caso, grazie a relazioni e a protezioni pubbliche. Ha una forza radicata nella sfera pubblica e per questo vince commesse e appalti attingendo a specifiche risorse di cui dispone, come in un forziere esterno: promettendo all'interlocutore una nomina o una consulenza in una società partecipata, un posto di assessore, una carriera di partito o una promozione in servizi (burocrazie, ospedali) sotto controllo pubblico". Si crea così un sistema che si ramifica e si sviluppa, creando un network di favori grazie ai numerosi scambi che possono avvenire fra i diversi livelli della struttura amministrativo - politica e le sue diverse compagini; sistema che può promettere non solo denaro, ma persino carriere. La corruzione sembra così oggi essere una sorta di viatico di mobilità professionale e non più solo di arricchimento illecito. B. SUSIO, *Ma l'integrità è un problema del singolo o dell'organizzazione*, in *Azienditalia*, il Personale, 4, 2016, 207. In N. DALLA CHIESA, *Dibattito sulla didattica antimafia*, Milano, 19 dicembre 2014 si afferma "Il caso romano di Mafia Capitale insegna che il punto d'arrivo sul piano dei comportamenti sembra infatti essere una criminalità strutturata dei colletti bianchi [...], un sistema dove si comprano decisioni pubbliche con decisioni pubbliche".

⁷⁶ In M. G. PEZZI, *La corruzione come "malattia": implicazioni sociali e culturali del considerare la corruzione come una patologia dello Stato italiano* Volume 6 n.s., Issue 1, 2017 reperibile nel sito internet in <http://sibaese.unisalento.it>, 2017 Università del Salento si descrive una sorta di paradosso in questi termini: "L'intensa copertura mediatica degli ultimi 5-6 anni ha causato ulteriori problemi, vale a dire la banalizzazione (o normalizzazione) della corruzione (DE SARDAN, 1999) derivante dal fatto che un dato scandalo è rapidamente sostituito da un altro, e oltre ad essere facilmente dimenticato, si ha l'impressione di una serie potenzialmente infinita di casi tutti simili. Tutto ciò concorre al diffondersi dell'idea che la corruzione in Italia sia difficile da punire e che non si possa fare altro che assistere alla sequenza di scandali. Questi due elementi, la corruzione percepita come pervasiva, e la conseguente generalizzazione del fenomeno, sembrano andare in sensi opposti e creare una sorta di paradosso che ha dimostrato di essere difficile da superare. Pertanto, anche se la corruzione è fortemente percepita come uno dei problemi più rilevanti da affrontare, sembra che una sensazione di impotenza pervada la società italiana a tutti i livelli".

⁷⁷ Si pensi che nel 2015 le procedure bandite sono state 136.645 per un ammontare complessivo posto a base di gara di euro 121.976.997.2014 mentre nel 2016 120.628 procedure bandite per un ammontare complessivo posto a base di gara di euro 110.327.176.475 (Dati ANAC riportati in L. CARBONE, *Il contenzioso sugli appalti: lo stato dell'arte e le sfide ancora aperte* - Workshop assonime – 8 maggio 2018 "Giustizia amministrativa, appalti e buon funzionamento del mercato", in www.giustizia-amministrativa.it).

bandi, atti di gara, di interpretazione legislativa o di applicazione delle disposizioni durante l'espletamento delle gare e durante l'esecuzione dell'appalto (che può sottostare a disposizioni nuove). Insomma, le stazioni appaltanti dinanzi a legislazioni facilmente oggetto di modifiche possono essere indotte ad attendere una normazione più consolidata per il timore di doversi imbattere in sovrapposizioni o abrogazioni nel corso dell'espletamento della gara.

2. Evoluzione della disciplina degli appalti ed esigenze di riordino.

La materia della contrattualistica ha visto un susseguirsi di normative nel corso degli anni, a testimoniare come vi fosse compenetrazione della stessa nello sviluppo della società.

Fin dal primo testo di legge in cui affondano le radici della contrattualistica pubblica, il Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440 (cosiddetto "*Legge di contabilità dello Stato*"), si era previsto che i contratti, da cui fossero derivate spese per lo Stato, avrebbero dovuto essere "*preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata a giudizio discrezionale della pubblica amministrazione*" (art. 3). Già all'epoca la diligenza e la correttezza degli operatori economici erano ritenuti elementi soggettivi essenziali per lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica, tanto che era previsto di escludere dal fare offerte per tutti i contratti "*le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni*". Da sempre, dunque, un impegno economico per lo Stato o altro ente pubblico deve essere preceduto da una forma di procedura aperta e regolata da disposizioni volte a scegliere il migliore offerente, ossia la minor spesa per l'ente rapportata al grado di raggiungimento del bene pubblico o servizio di cui vi è necessità.

I tempi più recenti hanno visto un susseguirsi di testi normativi: la legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge Merloni) in materia di lavori pubblici; il d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157 in materia di appalti di servizi; il d. lgs. n. 24 marzo 1992, n. 358 per gli appalti di forniture; il d. lgs. 17 marzo 1995, n. 158 in materia di settori esclusi in attuazione delle direttive comunitarie 92/50/CE per i servizi, 93/36/CE per le forniture e 93/37/CE per i lavori.

Mentre negli anni '90 le direttive comunitarie hanno influenzato le disposizioni nazionali in materia di contrattualistica pubblica, con l'obiettivo di concretizzare il funzionamento della libera concorrenza (pilastro di libera circolazione dei beni servizi e delle persone nel mercato unico)⁷⁸, mediante ampliamento del novero degli operatori economici partecipanti alle

⁷⁸ Proprio nei primi anni Novanta la Commissione europea ha predisposto il Libro Verde "*Gli appalti pubblici nell'Unione europea: spunti di riflessione per il futuro*" (COM (96) 0583 - C4-0009/97).

procedure di gara⁷⁹, nel decennio successivo le direttive comunitarie hanno posto come obiettivo la qualità della regolazione. Così la legge 18 aprile 2005, n. 62, di recepimento delle direttive europee del 2004⁸⁰, ha delegato il legislatore nazionale a formulare la stesura di un unico testo normativo con funzione di recepimento delle direttive comunitarie e, contemporaneamente, di coordinamento delle disposizioni, numerose ed eterogenee, all'epoca in vigore, il cui numero ben testimoniava la complessità nel trovare un ordine all'interno di una materia così variegata e tecnica⁸¹.

⁷⁹ Prima andando a ricomprendere quelli aventi sede legale fuori dai confini nazionali poi fornendo pari opportunità alle persone e ditte di piccole e medie dimensioni di partecipare alle gare pubbliche.

⁸⁰ L'adozione delle dir. 2004/17/CE e 2004/18/CE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi nei settori speciali e ordinari è stato particolarmente complesso e caratterizzato da atti di impulso volti a procedere con un intervento di modernizzazione e di semplificazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, con la rifusione in un unico testo normativo della frammentaria e obsoleta normativa emanata in materia di appalti pubblici. Già nel 2004, nel mettere a punto questo *corpus* normativo, la Commissione europea rilevava da un lato l'esigenza di utilizzare la semplificazione, quale tecnica funzionale alla realizzazione del mercato unico che necessita di un quadro normativo il più possibile chiaro e preciso; dall'altro, la necessità di introdurre una serie di iniziative per incoraggiare la competizione nel mercato degli appalti pubblici, limitato dalla parziale inadeguatezza degli strumenti previsti per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici, ritenuta la causa principale dell'inadeguato funzionamento del criterio di concorrenza.

Esse dunque costituiscono il concreto tentativo di razionalizzazione della disciplina in materia di appalti pubblici, provvedendo alla riunificazione delle direttive all'epoca vigenti nei settori ordinari e speciali e all'introduzione di alcune procedure innovative, quali il dialogo competitivo, l'accordo quadro e il sistema dinamico di acquisizione. Rimane sempre prioritario l'obiettivo di mantenere centrali le regole della concorrenza, che si assicura con la trasparenza delle procedure di aggiudicazione, che garantisce la parità di trattamento degli offerenti (*par condicio*), con conseguente sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti. Per una ricostruzione delle direttive in materia di appalti pubblici cfr. AA. VV., *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, FIORENTINO e LACAVA (a cura di), in *Quad. giorn. dir. amm.*, 2004, n. 9; MASCOLINI, *La direttiva appalti pubblici 2004/18/CE*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2004, n. 2, p. 211 ss.; MARCHIANÒ, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2004, fasc. 3, p. 854 ss.; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europea degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2004, n. 7, p. 775 ss.; VITALE, *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2004, p. 1128 ss.

⁸¹ Il diritto interno degli appalti alla vigilia del recepimento delle dir. 2004/17/CE e 2004/18/CE si presenta piuttosto frammentato e distinto tra disciplina afferente ai settori tradizionali e quella dei settori speciali. In ordine ai settori tradizionali: a) per i lavori pubblici sopra e sotto soglia comunitaria, nonché per i servizi di progettazione: v. Legge 11 febbraio 1994, n. 109, c.d. "*Legge Merloni*"; Legge 2 giugno 1995, n. 216, c.d. "*Merloni-bis*" ovvero versione "*Baratta - Bargone*"; Legge 18 novembre 1998, n. 45, c.d. "*Merloni-ter*"; Legge 1 agosto 2002, n. 166, collegato "*infrastrutture*" alla Legge finanziaria 2002, il cui articolo 7 costituisce la c.d. "*Merloni-quater*", così come modificato dal d. lgs. 17 agosto 2005, n. 189 per le procedure di affidamento per le grandi infrastrutture; il regolamento adottato per l'attuazione della legge Merloni, c.d. legge quadro, con d.p.r. 554/99 disciplinante anche i lavori in economica; e il regolamento di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici approvato con d.p.r. 34/00; d.m.l.p.p. 145/00 recante il "*Capitolato dei lavori pubblici*"; D. Lgs. 30/04 per l'introduzione di alcune modifiche ed integrazioni concernenti i beni culturali; d.p.r. 19 aprile 2005, n. 170 disciplinante i lavori del genio militare, mentre la disciplina riferita al Sismi ed al Side è regolata da appositi regolamenti. Infine, con Legge 18 aprile 2005, n. 62 - c.d. legge comunitaria 2004 - si è provveduto a effettuare ulteriori modifiche a seguito della procedura di infrazione n. 2182/01 (ex art. 226 del Trattato) aperta dalla Commissione europea contro alcune modifiche introdotte dalla *Merloni-quater* per l'introduzione di idonee forme di garanzia del principio di trasparenza e non discriminazione nel conferimento di affidamenti fiduciari di incarichi di progettazione e di verifica dei progetti, nonché per la previsione anche del criterio di accessorialità dei lavori rispetto all'oggetto principale unitamente al criterio della prevalenza economica nelle procedure di aggiudicazione degli appalti misti di lavori, servizi e forniture; b) per le pubbliche forniture: d. lgs. 24 luglio 1992, n. 358, con modifiche e integrazioni del d. lgs. 402/98 (sopra soglia di rilievo comunitario); d.p.r. 573/94 e relativo regolamento adottato con d.p.r. 18 aprile 1994, n. 573 (per gli appalti sotto soglia di rilievo comunitario); d.p.r. 20 agosto 2001, n. 384, recante il "*regolamento di semplificazione dei procedimenti di spesa in economia per le forniture ed i servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria*"; c) per i servizi pubblici: d. lgs. 17 marzo 1995, n. 15 per gli appalti con valore di rilievo comunitario e la legislazione di contabilità di Stato 1923-1924, applicabile agli appalti di servizi

È stato così emanato il d. lgs. 163/2006, e previsto che fosse il d.P.R. 207/2010 (cosiddetto *Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice*) a occuparsi della puntuale attuazione delle disposizioni di legge, a testimonianza dell'adozione di un approccio di tipo interventista in cui sempre minori spazi venivano lasciati alle stazioni appaltanti per esercitare la discrezionalità amministrativa. Il tentativo di regolare ogni minimo aspetto delle procedure di appalto sembrava, tra l'altro, avere come altro scopo quello di limitare gli spazi in cui gli infimi comportamenti corruttivi potessero annidarsi.

Tale approccio manifesta un evidente mancanza di fiducia nel legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa da parte delle stazioni appaltanti. Tuttavia, come si vedrà più approfonditamente in seguito, questa scelta nel corso degli anni si è rivelata fallimentare, in quanto ha comportato di fatto da un lato l'emanazione di un numero sempre più crescente di disposizioni e di oneri burocratici in capo alle stesse stazioni appaltanti, dall'altro tempi di attuazione di alcune disposizioni molto lunghi, tanto da costringere l'applicazione di regimi transitori quasi in via ordinaria. Come paradosso, il sistema legislativo, al tempo vigente, ha condotto proprio verso le conseguenze che avrebbe voluto evitare: il diffondersi del malaffare agevolato dalla confusione dei dettati normativi e dall'affastellamento di disposizioni volte a disciplinare ogni minimo aspetto delle procedure di gara. D'altronde il d.lgs. 163/2006 è stato modificato con cinquantadue atti normativi e sei regolamenti comunitari di modifica delle leggi comunitarie⁸². Nel 2012 sono stati emanati otto atti normativi di modifica del d.lgs. 163/2006, di cui sette decreti-legge, mentre nel 2014 nove atti normativi di cui otto decreti legge.

Complessivamente il Codice ha subito cinquanta modifiche legislative che, come prevedibile, hanno determinato incertezza applicativa ed aumento del contenzioso; si pensi che il Consiglio di Stato, a partire dal 2006, ha reso 48 decisioni in materia di appalti in funzione nomofilattica. Alla vigilia dell'adozione delle ultime direttive appalti, la 2014/23/UE (sulla aggiudicazione dei contratti di concessione "*Direttiva concessioni*"), la 2014/24/UE (sugli appalti pubblici

sotto soglia in mancanza di una disciplina organica del settore, integrata dai principi del Trattato UE, nonché il citato d.p.r. 20 agosto 2001, n. 384. Per gli appalti nei settori "speciali" di lavori, servizi e forniture la disciplina è prevista dal d. lgs. 17 marzo 1995, n. 158.

⁸² Si è trattato delle leggi 2 luglio 2006, n. 228, di conversione del d. l. 12 maggio 2006, n. 173, c.d. "*decreto milleproroghe*"; 4 agosto 2006, n. 248, di conversione del d. l. 4 luglio 2006, n. 223, c.d. "*decreto Bersani-Visco*", che ha introdotto nuovi vincoli alla gestione e organizzazione delle società pubbliche, finalizzati a ripristinare la parità di trattamento e la trasparenza nei rapporti tra imprese pubbliche e private.

Il d. lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, c.d. "*primo decreto correttivo*" al Codice dei contratti pubblici, che ha prorogato al 1° agosto 2007 la sospensione degli istituti già rinviati con il c.d. "*decreto milleproroghe*" (centrali di committenza, dialogo competitivo, accordo quadro nei settori ordinari, appalto integrato nei settori ordinari).

Il d. lgs. 31 luglio 2007, n. 113, c.d. "*secondo decreto correttivo*" adottato per proseguire l'opera di "revisione progressiva" del Codice, avviata con il d. lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, comportante nuovamente ulteriori modifiche sostanziali e formali a tutela della concorrenza e del mercato.

“Direttiva appalti”)⁸³, e la 2014/25/UE (sulle procedure nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi sociali “Direttiva utilities”), l’ultima versione del d.lgs. 163/2006 contava 271 articoli, 359 articoli nel regolamento di attuazione oltre a 15 allegati.

Le direttive europee del 2014 hanno fornito un diverso assetto alla politica comunitaria, e dunque a quelle degli Stati Membri, degli appalti pubblici, introducendo nuovi istituti giuridici per raggiungere gli obiettivi contenuti nel Libro Verde del 2011 sulla modernizzazione della politica dell’UE.

Infatti, nella Strategia Europea 2020 gli appalti diventano perno *“per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva garantendo contemporaneamente l’uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici (...). È necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell’Unione europea in materia”*⁸⁴.

Si sono così affacciati nel panorama della contrattualistica pubblica altri obiettivi, come⁸⁵:

- utilizzare strategicamente gli appalti come strumento di politica economica e sociale, promuovendo l’innovazione tecnologica, la crescita sostenibile, la tutela ambientale⁸⁶, la tutela dei lavoratori impiegati nell’esecuzione dei contratti pubblici e l’impiego di lavoratori dei soggetti svantaggiati⁸⁷;

⁸³ Per un’analisi puntuale del contenuto della direttiva n. 24/2014 in materia di appalti, servizi e forniture si veda il contributo di L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto amministrativo*, 2-3, 2015, pp. 291 ss

⁸⁴ Considerando n. 2 e 24 della Direttiva 24/2014.

⁸⁵ Per il perseguimento di tali obiettivi, le nuove direttive introducono alcune significative novità: a) per la prima volta una disciplina sistematica delle concessioni di beni e servizi; b) la previsione di strumenti di aggiudicazione innovativi e flessibili, quali il partenariato per l’innovazione e ampio impiego del dialogo competitivo; c) l’incremento di strumenti elettronici di negoziazione e aggiudicazione; d) l’utilizzo generalizzato della comunicazione elettronica; e) la centralizzazione della committenza pubblica; f) la tendenziale suddivisione in lotti degli appalti; g) l’introduzione del documento unico europeo per semplificazione, la verifica e la comprova dell’esistenza dei requisiti di partecipazione alle gare in capo agli operatori economici (DGUE); h) la previsione del potere di risoluzione dell’appalto, anche a distanza notevole di tempo, per stigmatizzare gravi violazioni commesse in sede di aggiudicazione; i) introduzione di criteri di valorizzazione ambientale oltre che sociale.

⁸⁶ Con l’introduzione dell’obbligo di indicare i criteri ambientali minimi al fine di rendere gli appalti “verdi”, procedure che inducono le stazioni appaltanti ad acquisire beni e servizi nel rispetto della tutela dell’ambiente, e gli operatori economici a modificare le proprie politiche di produzione, al fine di mantenere saldo il proprio potere contrattuale e concorrenziale sul mercato.

⁸⁷ Nei bandi di gara devono obbligatoriamente essere previste le clausole sociali. La Commissione Europea ha promosso lo sviluppo delle opportunità di occupazione, del lavoro dignitoso e dell’osservanza dei diritti sociali e di lavoro (cfr. articolo 18, 2° comma: *“Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell’esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell’Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell’allegato X”*). Per un’analisi puntuale dell’evoluzione della previsione delle clausole sociali nei bandi di gara, oltre che dell’analisi di un bilanciamento tra contrapposte esigenze, si veda il contributo di R. PROIETTI, *Contratti della p.a. – le c.d. clausole sociali ed il temperamento fra valori di rilievo costituzionale* in *Giur. It.*, 2017, 12, 2715

- favorire maggiori spazi di valutazione in capo alle pubbliche amministrazioni al fine di permettere loro l'esercizio della funzione amministrativa;
- aumentare i controlli sull'incompatibilità dei commissari di gara, al fine di garantire il rispetto della correttezza e del principio di uguaglianza e concorrenza, in pendenza della valutazione (momento più sensibile e che conduce alla decisione sull'aggiudicazione);
- rimuovere l'incertezza normativa;
- affidare nuovi compiti e funzioni all'ANAC al fine di rendere la stessa autorità amministrativa indipendente parte integrante del processo di cambiamento.

3. La riforma appalti: dalla bulimia legislativa alla burocrazia di qualità.

Il recepimento delle nuove direttive europee è stato affidato alla Legge delega 28 gennaio 2016, n. 11⁸⁸ contenente 71 principi di delega della riforma appalti. L'iter di approvazione della legge è durato ventun mesi, rispetto ai soli tre durante i quali è stato elaborato il testo del d. lgs. n. 50/2016⁸⁹. In tema di qualità della normazione e della regolazione, come fattori cardini di lotta contro la corruzione, occorre soffermarsi su due principi contenuti nella legge n. 11/2016:

- quello di *“riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni con l'obiettivo di un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti”* (art. 1 co. 1 lett. d));

a corollario di tale principio si ha il cosiddetto divieto di *gold plating*, vale a dire il “divieto di introduzione o di mantenimento di livello di regolazione superiore a quello minimo richiesti dalle direttive” (art. 1, comma 1- lett. a)⁹⁰;

- quello di *“attribuzione all'ANAC di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare,*

⁸⁸ Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (G.U. n. 23 del 29 gennaio 2016).

⁸⁹ Si veda in proposito l'estratto *“Dalla legge delega al nuovo “Codice”: opportunità e profili di criticità”* di C. CONTESSA, D. CROCCO, *Il nuovo codice degli appalti commentato*, Roma, DEI, 2016. L'estratto è reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.com.

⁹⁰ Come oltre si vedrà più nel dettaglio, in tale prospettiva di semplificazione ed efficienza, la legge delega ha imposto anche maggiore flessibilità per i contratti sotto soglia comunitaria coniugando “massima semplificazione e rapidità del procedimento” pur salvaguardando i “principi di trasparenza e imparzialità della gara” (Art. 1, comma 1 lett. g) e lett. i).

di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa" (lett. t);

In sostanza, in forza e nel rispetto dei principi delega sopra elencati si è fondata la riforma appalti di cui si sta trattando. Il primo dei due principi delega, e cioè la riduzione delle disposizioni di legge al fine di acquisire un più elevato livello di certezza del diritto, visto come politica preventiva di lotta contro la corruzione insieme all'enucleazione di misure preventive, può essere interpretato come l'esigenza di superare la "bulimia normativa" al fine di attuare una "burocrazia di qualità".

L'attenzione del legislatore si è così riposta, oltre che sull'impegno nel ridurre il numero di disposizioni di legge a regolazione della materia⁹¹, anche nel voler garantire qualità delle disposizioni stesse affinché il dettato normativo sia scevro da diverse possibili e contrastanti interpretazioni, che possano provocare non corrette applicazioni, se non illegittime, o persino mancate. Paradossalmente, già nell'anno di emanazione del decreto di attuazione del d.lgs.163/2006, e poi nel 2010, si è parlato della necessità di fornire solo "*linee di scorrimento di agile percorribilità e non una disciplina dettagliata ed ostacolante*", vista la dinamicità del mercato degli appalti. In questo modo si è valorizzata la funzione di regolazione "interpretativa" esercitata dall'Autorità mediante atti di *soft law*, finalizzati a consentire il corretto funzionamento del mercato senza immobilizzarlo⁹². Il giudice contabile si è altresì fatto portavoce della preoccupazione, che con il passare del tempo ha acquisito sempre più i connotati della denuncia, che ci fosse una correlazione tra incertezza normativa e fenomeni di corruzione o di *maladministration*. Con particolare riferimento al contesto normativo, lo stesso Presidente della Corte dei Conti, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2017, ha affermato che "*in questo Paese c'è un'eccessiva proliferazione di legalità, circondati da tante leggi che ci rendono il lavoro difficilissimo. In questa moltitudine di leggi, spesso in contrasto tra loro, nei gangli di queste norme si infila il malaffare*". E ancora "*siamo arrivati*

⁹¹ Si tenga presente che l'intento di ridurre il numero di disposizioni non è certamente nuovo, rientra in questo tipo di disegno, ad esempio, la redazione di testi unici. La dottrina si è ampiamente occupata del tema, si ricordano gli studi di N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2003, 147 ss; P. CARNEVALE, *Le politiche sulla legislazione: codificazione e semplificazione*, in M. RUOTOLO, (a cura di), *La funzione legislativa oggi*, Napoli, 2007, spec. 56 ss. Per ciò che concerne il rapporto intercorrente tra elaborazione di testi unici e semplificazione N. LUPO, *Dai testi unici "misti" ai codici: un nuovo strumentario per le politiche di semplificazione. Commento alla legge n. 229 del 2003*, in *AS*, 2004, pp. 157 ss; M. A. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005.

⁹² Relazione annuale 2009 del Presidente dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture LUIGI GIANPAOLINO, Roma, Camera dei Deputati – 22 giugno 2010.

al paradosso che non si riescono a fare appalti pubblici per la farraginosità assurda delle norme al riguardo: questo è il fallimento della legalità”⁹³. Così come nella relazione del 2016 sull’inaugurazione piemontese dell’anno giudiziario della Corte dei conti si è fatto espresso riferimento al tema del rapporto tra esistenza di condotte corruttive e proliferazione della normazione: *“il contesto normativo ed amministrativo “fragile”, contraddittorio ed incerto può costituire terreno fertile per il suo esplicarsi, favorendo ambiguità interpretative per illeciti comportamenti, ritardi e/o accelerazioni di procedimenti. Come pure può darle man forte una certa burocrazia che si senta a ciò legittimata ed anche protetta da imperfette disposizioni e/o superfetazioni normative*”⁹⁴.

I principi su cui si fonda la *better regulation* diventano anch’essi, dunque, strumenti di lotta contro la corruzione e la *maladministration*, nonché baluardi della riforma della materia appalti⁹⁵.

Usando il termine *better regulation* si fa implicito riferimento ai pilastri su cui la stessa si fonda:

- la semplificazione normativa;
- la riduzione degli oneri amministrativi;
- l’analisi di impatto della regolazione.

La semplificazione normativa è stato obiettivo cui i legislatori si sono ispirati, talvolta proprio quando la regolazione della materia era diventata così intricata da esigere un pronto intervento⁹⁶, la cui declinazione nella materia degli appalti riporta tuttavia la discussione sul

⁹³ Anche la dottrina si è occupata del rapporto tra complessità normativa ed efficienza del sistema economico come C. IBBA, *Liberalizzazioni, efficienza del sistema economico e qualità della produzione legislativa*, in *Giur. Comm.*, fasc. 2, 2013, p. 242.

⁹⁴ Relazione dell’allora Magistrato LUIGI GILI con funzioni di Presidente della sezione giurisdizionale della Corte dei Conti del Piemonte nella Relazione illustrata a Torino il 10 marzo 2016 reperibile sul sito http://www.corteconti.it/attivita/corte_regioni/piemonte/notizie_regionali/dettaglio.html?resourceType=/_documenti/notizie/piemonte/elem_0009.html.

⁹⁵ A. PAJINO, *La nuova disposizione dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, in *Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2015, 5, p. 1127.

⁹⁶ Raggiungere l’agognata semplificazione normativa è così complesso che, paradossalmente, occorre un numero considerevole di autorità amministrative da preporre al fine di riuscire nell’intento. Si pensi: al Ministro per la semplificazione normativa, che per delega del Presidente del Consiglio dei Ministri presiede il Comitato; alla struttura di Missione a supporto del Ministro per la semplificazione normativa; all’Unità per la semplificazione e la qualità della regolazione, che fornisce supporto tecnico al Comitato; al Dipartimento della Funzione Pubblica, Ufficio per l’attività normativa e amministrativa di semplificazione delle norme e delle procedure, il quale coordina un gruppo di lavoro preposto alla Misurazione degli Oneri Amministrativi (Task force MOA), al quale partecipa anche l’Istat per le fasi di rilevazione statistica sulle imprese; al Tavolo permanente per la semplificazione, presso la Conferenza Unificata, quale sede stabile di consultazione con le categorie produttive, le associazioni di consumatori, le Regioni e le autonomie locali; al Comitato tecnico di supporto alla semplificazione normativa e riduzione del numero delle leggi (il meccanismo del cosiddetto "Taglia leggi"); alla Commissione parlamentare per la semplificazione, istituita dalla legge di semplificazione per il 2005 e incaricata di verificare lo stato di attuazione del procedimento di abrogazione delle norme adottate anteriormente al 1970; al Dipartimento affari giuridici della presidenza del Consiglio per la parte di Analisi di impatto della regolazione.

tema dello spazio lasciato alle pubbliche amministrazioni per esercitare la discrezionalità amministrativa, e su come garantire la qualità della regolazione, affinché diventino strumenti di crescita economica del nostro Paese⁹⁷. Negli appalti, la mancanza di qualità della regolazione può comportare un deterioramento nella qualità di redazione degli atti di gara, o difficoltà nell'applicazione di istituti giuridici. Ciò può comportare il rischio, ancor più grave, di vanificare quasi del tutto i principi di efficienza e di buon andamento dell'azione amministrativa, andando ad aumentare “lacci e lacciuoli” giuridici in cui le amministrazioni si trovano a dover operare per perseguire il pubblico interesse⁹⁸.

Le riflessioni generali sull'intento di semplificazione della materia si sono di fatto concretizzate nel 2016, nel passaggio, quanto meno formale, da una “iper-regolazione di dettaglio” a una maggiore “flessibilità”, tramite la sostituzione del regolamento di attuazione con linee guida, oltre che nell'applicazioni di nuovi strumenti giuridici semplificatori.

L'aspirazione verso la semplificazione è chiara in più punti della legge delega, in cui sembra dover esser perseguita tanto sotto il profilo formale quanto sotto quello sostanziale. Per ciò che attiene il primo dei due, il legislatore delegante ha previsto che la “*ricognizione e il riordino del quadro normativo vigente nella materia degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*” debba portare a “*una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti ed un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti*” (lett. d). Sotto il profilo sostanziale, invece, si è previsto che alcune procedure di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria debbano essere caratterizzate da “*semplificazione e maggiore rapidità dei procedimenti pur salvaguardando i principi di trasparenza ed imparzialità della gara*” (lett. g). Una semplificazione deve inoltre essere garantita, nel momento di verifica sull'esistenza dei requisiti generali di qualificazione in capo agli operatori economici, tramite l'incremento dell'uso di strumenti di informatizzazione ed efficienza della pubblica amministrazione, oltre che di contenimento dei costi. La semplificazione è stata altresì prevista in favore della

⁹⁷ La qualità della regolazione è non solo risorsa per la lotta contro la corruzione ma è altresì determinante per lo sviluppo di un'economia globalizzata. Infatti “*non è più possibile pagare, nel confronto con paesi dotati di regolazioni e sistemi amministrativi più competitivi, l'handicap rappresentato da alti costi regolativi e burocratici, dall'inefficienza del sistema amministrativo, dalla mediocre qualità dei troppi servizi pubblici*” in F. BASSANINI, S. PAPARO, G. TIBERI, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere, Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, ASTRID, Studi e ricerche, 2006, pp. 13 ss; P. CARNEVALE, *Qualità della legge e politiche di semplificazione normativa fra istanze del mondo economico e risposte del legislatore*, in G. COCCO, (a cura di), *L'economia e la legge*, Milano, 2007, 128.

⁹⁸ Così come ampiamente disaminato da G. MARCHIANÒ, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in Riv. It. di dir. Pub. Com., fasc. 1, 2016, la concreta difficoltà di realizzare nel settore una vera e propria semplificazione ha fatto usare all'autore il termine “il «mito» della semplificazione nei contratti ad evidenza pubblica ed il dilemma della regolazione”.

partecipazione delle gare da parte degli operatori economici: si pensi alla riduzione di oneri documentali ed economici a loro carico, con più ampia possibilità di affidarsi al soccorso istruttorio (non oneroso) per qualsiasi elemento formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta. Infine, si può parlare di semplificazione anche quando viene messa a disposizione delle stazioni appaltanti una unica banca dati centralizzata, gestita dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, per procedere alla verifica della sussistenza dei requisiti generali di qualificazione, costantemente aggiornati (lett. z).

La riforma appalti ha quindi voluto perseguire l'obiettivo della semplificazione, in primo luogo riducendo il numero di disposizioni, e ampliando così contemporaneamente lo spazio lasciato alle amministrazioni per esercitare la discrezionalità amministrativa; in secondo luogo, introducendo la tecnologia nei meccanismi di controllo del possesso dei requisiti in capo ai concorrenti.

Non è sempre percorribile la prima strada, soprattutto nel caso si tratti di una materia caratterizzata da complessità intrinseca, in quanto è presente un elevato grado di tecnicità in alcuni aspetti, come quelli dell'enucleazione dei criteri su cui deve valutarsi l'offerta "economicamente più vantaggiosa"; come si vedrà, sull'argomento si è assistito a un confronto tra ed ANAC e Consiglio di Stato, che si espresso con funzioni consultive. La seconda delle strade rappresenta, senza dubbio, una sorta di riforma nella riforma degli appalti, in quanto introduce la digitalizzazione e la tecnologia in questa materia. In particolare, alle stazioni appaltanti viene richiesto l'utilizzo di piattaforme e la condivisione di documenti in sede di valutazione della sussistenza dei requisiti di partecipazione (o meglio l'attestazione della insussistenza dei motivi di esclusione previsti dall'art.80 del d. lgs.50/2016), e di attestazione del rispetto dei criteri di selezione previsti dall'art. 83. Si pensi, inoltre, alla creazione della Banca dati nazionale degli operatori economici (BDOE), gestita dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, consultabile anche da amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati, o al sistema AVCpass, che, attraverso un'interfaccia web e le cooperazioni applicative con gli Enti Certificanti, consente alle stazioni appaltanti/enti aggiudicatori l'acquisizione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario⁹⁹ mediante, appunto, l'accesso a un'unica banca dati

⁹⁹ Tra cui: a) le Attestazioni SOA; b) i Certificati Esecuzione Lavori (CEL): ciascun operatore economico ha la facoltà di richiedere alla stazione appaltante/ente aggiudicatore l'inserimento nell'apposita banca dati CEL dell'Autorità Nazionale Anticorruzione certificati che dovessero risultare mancanti, secondo quanto prescritto dal Comunicato del Presidente dell'Autorità del 5 ottobre 2010; c) certificati attestanti l'avvenuta esecuzione di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici cui si applica, in via transitoria, la previsione del successivo art. 9, comma 2; d.) le ricevute di pagamento del contributo obbligatorio all'Autorità da parte dei soggetti partecipanti.

centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, garantendo così l'interoperabilità tra il Ministero e gli organismi pubblici coinvolti¹⁰⁰. Un sistema che, salvo alcuni casi, oltre a permettere un controllo contestuale (e più agevole) dei requisiti posseduti dai concorrenti, permette di creare un'automatica corrispondenza tra il momento del rilascio da parte di ANAC del CIG (codice di identificazione delle gare corrispondenti ad importo) e del PASSOE (documento da presentare da parte degli operatori economici insieme agli altri all'interno della busta A contenente la documentazione amministrativa). Un altro documento, pensato per semplificare l'acquisizione di informazioni e di sussistenza di requisiti in capo agli operatori economici, è il DGUE (Documento di Gara Unico Europeo), presentato tra la documentazione amministrativa. Il DGUE è accettato dalle stazioni appaltanti quale autodichiarazione aggiornata, come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi, in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa alcune condizioni indispensabili al fine di poter proseguire con la partecipazione alla gara. Tra l'altro, il DGUE assume la forma di documento di digitale e non più cartaceo, a voler rappresentare come le procedure di gara stiano andando verso una versione tecnologica e mediatica delle procedure ad evidenza pubblica.

Infine, a parere di chi scrive, tra gli strumenti di semplificazione può essere inclusa la predisposizione di atti di gara "tipo" da parte di ANAC: una sorta di modello che contiene parti obbligatorie e altre facoltative, e che può essere utilizzato dalle stazioni appaltanti al fine di uniformare le procedure o non "cadere" in errori che possano far aumentare l'incidenza del contenzioso (di cui si tratterà più compiutamente in seguito).

Anche l'analisi di impatto della regolazione sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e sull'attività dei cittadini diventa elemento centrale nella riforma appalti.

In generale, la fonte normativa dell'analisi della regolazione sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche è costituita dal D.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169, attuativo della disciplina contenuta nella legge 28 novembre 2005, n. 246, in cui l'AIR, la VIR e la consultazione sono definiti *"strumenti che, tra loro integrati, concorrono alla qualità del processo normativo, dall'individuazione dei fabbisogni e delle priorità, all'ideazione degli*

¹⁰⁰ La documentazione e/o i dati a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del D. Lgs. 50/2016 del Codice che sono messi a disposizione mediante adeguati sistemi di cooperazione applicativa dagli Enti Certificanti, ai sensi dell'articolo 6-bis, comma 4, del Codice, attraverso il Sistema AVCPASS sono i seguenti: a) Visura Registro delle Imprese fornita da Unioncamere; b) Certificato del casellario giudiziale integrale fornito dal Ministero della Giustizia; c) Anagrafe delle sanzioni amministrative – selettivo ex art. 39 d.P.R. n. 313/2002 dell'impresa, fornita dal Ministero della Giustizia; d) Certificato di regolarità contributiva di ingegneri, architetti e studi associati, dalla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza per gli Ingegneri ed Architetti Liberi Professionisti (Inarcassa), dall'Autorità Nazionale Anticorruzione; e) Comunicazione di regolarità fiscale fornita dall'Agenzia delle Entrate; f) Comunicazione Antimafia fornita dal Ministero dell'Interno.

interventi, alla loro attuazione, sino alla loro revisione, secondo un approccio circolare alla regolamentazione”¹⁰¹.

Tralasciando lo studio puntuale di tutti gli istituti di cui è composta l’analisi della regolazione, ai fini del presente studio merita soffermarsi sulla disciplina delle consultazioni, che caratterizza il modo di procedere delle autorità amministrative indipendenti, e che diventa elemento legittimante il potere normativo esercitato da ANAC. Come se, appunto, la consultazione garantisse una partecipazione pubblica legittimante la stessa vincolatività degli atti di ANAC.

Come noto, il documento oggetto di consultazione viene pubblicato in apposita sezione del sito internet dell’autorità, al fine di permettere ai soggetti portatori di interessi in argomento di inviare contributi di cui l’autorità darà conto della relazione illustrativa del documento definitivo (nel senso delle ragioni dell’accoglimento o meno degli stessi).

Proprio per la centralità dell’istituto della consultazione nella nuova materia degli appalti pubblici, si ricorda che è stato recentemente emanato il *“Regolamento per la definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell’Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell’analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell’impatto della regolazione (VIR) e di una metodologia di acquisizione e analisi dati rilevanti per AIR e per VIR*”¹⁰², il quale è destinato a sostituire il precedente Regolamento 24 ottobre 2013, recante medesimo oggetto.

Il regolamento conferma che il potere normativo e regolamentare dell’ANAC trova la propria giustificazione sia nella legittimazione partecipativa, sia nell’analisi della qualità dello stato dell’arte della regolazione¹⁰³ in cui andrebbero a incidere le nuove disposizioni.

Esso rinviene la propria base giuridica nell’art. 12 della legge 29 luglio 2003, n. 229, nonché nel comma 2 dell’art 213 d. lgs. 50/2016, il quale ultimo stabilisce che: *"l'Anac, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di*

¹⁰¹ Per un’ampia disamina della materia si veda il contributo, ricco di dottrina in nota, di C. DEODATO, *L’analisi di impatto della regolazione: adempimento burocratico o strumento di buona pratica?* - intervento Convegno a Napoli sui servizi pubblici locali 2014, in www.osservatorioair.it. Infine, sempre attinente al più generale concetto di qualità della normazione, rientra il divieto per il legislatore nazionale di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie (comma 2, lett. b) legge 246/2005) che, in sostanza, è lo stesso divieto di *gold plating* menzionato nella legge delega di riforma.

¹⁰² Regolamento pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 155 del 6 luglio 2018, su cui si è espresso il Consiglio di Stato con atto in Adunanza della Commissione speciale del 3 maggio 2018 n. 1435/2018 reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰³ Il vocabolo “regolazione” ha progressivamente connotato gli atti generali a contenuto normativo delle Autorità amministrative indipendenti.

consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016".

I regolamenti ANAC prevedono delle procedure volte a garantire, e rendere trasparente, la partecipazione dei cittadini ai procedimenti di adozione degli atti di regolazione dell'autorità, al fine di rispettare efficacemente *"qualità di regolazione e divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge delega"*. La legittimità dell'esercizio del potere normativo e regolamentare dell'ANAC si misura, altresì, grazie ad un controllo finale da parte del Parlamento, cui l'ANAC fornisce un resoconto annuale sulle attività svolte e sullo stato di applicazione dell'AIR e della VIR in cui sono riportati: i numeri di AIR e VIR concluse nell'anno; i casi per i quali non si è proceduto a AIR o VIR; il numero di consultazioni effettuate. In generale, la *ratio* della disciplina è volta a raggiungere un livello ottimale di regolazione, che, ai sensi della legge 246/2005, passa sia attraverso una riduzione dello *stock* normativo applicabile, sia dalla qualità stessa nella redazione o nell'emanazione di altre regole indispensabili.

4. La centralità dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella lotta contro la corruzione.

Il dibattito sulle Autorità indipendenti, già ricco proprio a partire dagli albori della loro nascita nei settori più disparati, torna a essere di attualità alla luce dell'accentramento dei poteri, per qualità e quantità, in capo all'ANAC, tanto da metterla al centro della riforma sotto il profilo organizzativo.

Tuttavia, uno tra i temi più dibattuti è da sempre quello dell'inquadramento del potere normativo riconosciuto alle autorità indipendenti, e dell'individuazione della fonte normativa da cui scaturisce, volto a giustificarlo dinanzi a una mancanza di previsione a livello costituzionale.

Come noto, le Autorità indipendenti, in diversi settori nevralgici dell'ordinamento, esercitano funzioni pubbliche a tutela degli interessi generali del settore di riferimento, e in posizione di terzietà rispetto ai contrapposti interessi pubblici e privati, del cui bilanciamento si devono occupare sulla base di processi decisionali fondati sull'esperienza tecnica e sulla neutralità, rimanendo in una posizione di almeno tendenziale indipendenza dal potere politico¹⁰⁴.

¹⁰⁴ La dottrina ha inteso la funzione di *administrative regulation* non più "braccio operativo" delle scelte compiute dalla maggioranza della politica, bensì modelli di "una amministrazione e di un diritto dell'amministrazione all'altezza dei tempi" e che "costituiscono una formula in linea con la Costituzione", nel senso di strumento di

Indubbio il ruolo assunto dalle Autorità nel predisporre regole tecniche rivolte agli operatori del settore, le quali devono sottostare a una duplice condizione: che, in primo luogo, la materia affidata a detti organismi non sia sottoposta a riserva di legge e che, in secondo luogo, nella legge istitutiva dell'Autorità, o in altra fonte normativa primaria, siano rinvenibili i criteri di fondo per l'esercizio dei poteri normativi.

È un dato acquisito che le autorità amministrative indipendenti regolano settori contraddistinti da un elevato tecnicismo, in cui si registra una sorta di inadeguatezza della legge nel fornire risposte rapide ed efficienti ai problemi tecnicamente complessi e in continuo cambiamento.

La dottrina ha sviscerato molti aspetti della natura e delle funzioni delle autorità amministrative indipendenti: per questa ragione, ai fini del presente lavoro, ci si limita a ricordare solo alcuni tratti salienti¹⁰⁵.

La mancanza di previsione costituzionale delle Autorità indipendenti e l'estraneità rispetto al circuito rappresentativo e democratico¹⁰⁶ sono le principali critiche rivolte all'esercizio del potere normativo delle Autorità indipendenti, il quale si è sostenuto essere giustificato dalla sua inclusione all'interno della loro funzione di regolazione della materia¹⁰⁷; posizione teorica avvallata tra l'altro dal Consiglio di Stato, che ha ulteriormente affermato che alle Autorità

realizzazione nella sostanza di valori costituzionali N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.

¹⁰⁵ La potestà normativa delle autorità indipendenti ha ricevuto in dottrina molteplici approfondimenti, v. N. MARZONA, *La potestà normativa delle amministrazioni indipendenti*, S. CASSESE – C. FRANCHIINI, *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, cit., 46 ss.; L. COLACINO – CINNANTE, *Trasformazioni dell'amministrazione e potere regolamentare*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. I, Padova, 1998, 691 ss.; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da G. Treccani, 1995; P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1999, 231 ss.; ID., *Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in *Le Autorità indipendenti*, Milano, , 1999; S. A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999; C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della P.A.*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1999, 1076 ss.; M.A. CABIDDU – D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare 2000*, 39 ss.; G. DELLA CANANEA *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; S. FOA', *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica ed Autorità indipendenti*, in *A.I.P.D.A., Annuario 2002*, Milano, 2003, 339 ss.

¹⁰⁶ In particolare, da sempre, si è sostenuto che l'assegnazione alle autorità indipendenti di un ampio potere normativo si pone in contrasto con la Costituzione, con i principi della rappresentanza politica e con il principio di legalità; dunque, in questa prospettiva le leggi attributive di funzione normativa sono viste come momenti di assegnazione alla singola autorità. Tra gli autori che più si sono espressi in senso critico: M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, Pisa, 1996; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico rappresentativo*, Padova, 2000.

Perciò, come sostenuto da alcuni autori, la potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti verrebbe a configurarsi quale "polo normativo autosufficiente", che decide di intraprendere, avviare e portare a compimento un processo normativo destinato a concretizzare scelte "politiche". Così, i regolamenti delle autorità indipendenti, muovendosi in uno spazio di "assenza di legge" (nel senso che essa si limita a conferire il potere normativo senza prevedere una disciplina sostanziale della materia), verrebbero a porsi come l'unica fonte della disciplina della materia. Così G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005, 17 ss.

¹⁰⁷ R. TITOMALIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2013.

indipendenti “*il potere regolamentare spetta quale corollario alle attribuzioni loro riconosciute dalla legge*”¹⁰⁸.

Se è vero, dunque, che il potere normativo viene affidato in capo alle Autorità indipendenti nei particolari settori di loro competenza, caratterizzati da elevato livello tecnico della regolamentazione, non può tuttavia non sorgere il dubbio che quanto meno la legge attributiva del potere regolatorio debba individuare con chiarezza il settore in cui tale potere dovrà essere esercitato.

Il tema offre nuovamente la possibilità di riflettere sull’attività normativa della pubblica amministrazione, che testimonia, più in generale, l’esistenza del fenomeno del cosiddetto “policentrismo normativo”¹⁰⁹, il quale caratterizza il sistema delle fonti di produzione: la produzione normativa non è quindi riservata, in via esclusiva, agli organi dotati di rappresentatività popolare, vale a dire a Parlamento, Governo, Consigli regionali, provinciali o comunali, ma è talvolta affidata a soggetti pubblici diversi, e si sviluppa in processi di produzione complessi. Insomma, “*i centri di normazione sono venuti naturalmente a moltiplicarsi, diffondendosi in vasta scala la portata normativa da parte delle più diverse autorità amministrative*”¹¹⁰.

Senza che sia messo in discussione il grado di superiorità della legge, si affianca il riconoscimento di sfere di “autonomia normativa” delle singole autorità, i cui atti normativi sono espressione di varia autonomia, destinata a esplicarsi nel quadro e nell’ambito delineato da un lato dall’ordine legislativo, dall’altro dai principi costituzionali.

Dato per assodato che la produzione normativa non sia, dunque, affidata solo a Governo e Parlamento, è necessario ricordare quali siano da sempre i capisaldi del legittimo esercizio del potere normativo da parte delle autorità amministrative indipendenti.

In primo luogo, il vizio teorico rappresentato dal mancato rispetto del principio di legalità sostanziale (quale conseguenza dell’ampia e indeterminata delega di potestà normativa conferita dalla legge alle amministrazioni indipendenti), è superato dalla cosiddetta “legittimazione democratica dal basso”,¹¹¹ tramite la partecipazione degli interessati (nel *rule*

¹⁰⁸ Cons. St., comm.speciale, parere 14 settembre 2016, n. 1920.

¹⁰⁹ Come anche affermato dal Consiglio di Stato (sezione atti normativi) del 25.02.2005 n. 11603/04; policentrismo che caratterizza il contemporaneo sistema delle fonti del diritto. A esse sono assegnate funzioni di regolazione che devono rispondere alle esigenze di garanzia (degli investitori, dei consumatori, dei cittadini etc..) costituzionalmente tutelate.

¹¹⁰ Sempre A. M. SANDULLI, *L’attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970.

¹¹¹ R. CHIEPPA, *Tipologie provvedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it.

making dunque nella regolazione), e il rispetto del principio del contraddittorio (*adjudication*)¹¹².

L'esistenza di un procedimento partecipativo è sostitutiva della dialettica propria delle strutture rappresentative¹¹³. Pertanto, è come se a una legalità sostanziale attenuata debba corrispondere un rafforzamento della legalità procedimentale, mediante la previsione della consultazione dei soggetti interessati e, ove occorra, del preventivo parere degli organi consultivi e delle competenti commissioni parlamentari¹¹⁴.

Inoltre, gli atti delle autorità amministrative indipendenti devono essere accompagnati da una relazione volta a illustrare le “conseguenze” su: a) regolamentazione in generale; b) attività delle imprese e operatori; c) interessi degli investitori e risparmiatori¹¹⁵. In altre parole, si tratta di una ulteriore concreta applicazione dell'ormai noto principio di proporzionalità, secondo cui le autorità indipendenti, nella determinazione del contenuto degli “atti di regolazione generale”, devono esercitare un potere proporzionato, volto cioè a raggiungere lo scopo con il minor sacrificio possibile degli interessi coinvolti.

È come se la funzione di “garanzia delle libertà costituzionalmente protette” venga così a essere assicurata attraverso l'espletamento della funzione, tramite una procedura prestabilita che deve prendere le mosse dalla separazione dell'amministrazione dalla politica, fino a passare attraverso una legge istitutiva chiamata concretamente a regolare il settore affidatole, nel rispetto di principi costituzionali e legislativi che ne fanno da cornice.

Tuttavia, l'attività normativa posta in essere dalle autorità amministrative, rientrante all'interno della più generale funzione normativa della pubblica amministrazione, è sì finalizzata al bilanciamento di interessi, anche contrapposti, presenti in un determinato

¹¹² Imprescindibile M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 2004, 59 ss.

¹¹³ *Ex multis* Cons. St., VI, 27 dicembre 2006, n. 7972. Si è parlato a proposito di “fondamento partecipativo” del potere regolamentare delle AI. Sul punto, si cfr. R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno “Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recedenti dinamiche istituzionali e amministrative”, Roma, Consiglio di Stato, 14 dicembre 2005 in www.giustizia-amministrativa.it. Altri autori ritengono come esso non possa essere sufficiente; tra i più critici G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, pp. 31 e 40 per il quale la cosiddetta “legittimazione procedimentale” non sarebbe da sola sufficiente a fondare una legittimazione democratica delle AI. Come anche G. AMATO, *Principio maggioritario e autorità indipendenti*, in *Arel Informazioni*, 2002, n. 1, p.10.

¹¹⁴ Sul tema M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Aa. Avv., Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, p. 19.

¹¹⁵ Il principio discende alla disposizione dell'art. 23 della legge n. 262/2005 “*Procedimento per adozione di atti regolamentari e generali*” che ha previsto che gli atti aventi natura regolamentare o di contenuto generale della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip debbano essere accompagnati dall'analisi di cui sopra si tratta.

settore¹¹⁶, ma non per forza deve tradursi in una mera attuazione o esecuzione di scelte legislative.

Talvolta, la tutela di alcuni valori costituzionali avviene da parte delle autorità indipendenti che, in quanto detentrici di competenze tecniche specializzate nei settori complessi, determinano esse stesse concretamente il contenuto della legge in una fase applicativa. In tal senso si manifesta la caduta della centralità della legge del Parlamento¹¹⁷, detto che ciò avviene spesso in forza di un *mandato in bianco* conferito dal Parlamento ad altri centri di normazione, descritto, con tono particolarmente critico da parte di alcuni autori, come espressione della “*presa d’atto della incapacità del legislatore di dominare, da solo, il complesso sempre meno decifrabile degli interessi sociali*”¹¹⁸.

Tuttavia, a voler richiamare posizioni più moderate, occorre dare atto che la partecipazione delle Autorità indipendenti alla funzione normativa può articolarsi lungo una scala che va da un grado massimo, in quanto trova il suo fondamento diretto in una norma di rango costituzionale, fino a un livello intermedio nel quale la potestà normativa delle *authority* si esercita nell’ambito dei binari definiti per legge, la quale delinea i principi del settore.¹¹⁹

Le considerazioni sin qui svolte tornano di attualità laddove si tratti di analizzare i poteri e le funzioni attribuite ad ANAC dalla legge delega 11/2016 e dal d.lgs.50/2016.

Quanto al primo problema teorico, e cioè la qualificazione e la ricerca del fondamento giustificativo dell’esistenza di ANAC, si può ipotizzare che esso si rinvenga nella necessità di garantire il rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento oltre che di uguaglianza, ai sensi degli artt. 3 e 97 Cost., contrastando così l’illegalità e la corruzione nelle pubbliche amministrazioni che impediscono a cittadini e imprese di accedere, in condizioni di parità di trattamento, a determinati beni e interessi collegati all’esercizio di funzione ed erogazione di prestazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Il potere ad ANAC, tuttavia, è stato attribuito anche con il susseguirsi di testi di legge di rango primario; si pensi, come già visto, alla legge 190/2012, al d.lgs.33/2013 che ha attribuito ad ANAC specifiche funzioni di vigilanza del rispetto degli oneri in materia di trasparenza, oltre al d.lgs. 50/2016, in cui sono previste plurime funzioni volte a vigilare sulla correttezza dell’espletamento delle gare pubbliche e contrastare il fenomeno corruttivo. In realtà, è bene precisare che solo a

¹¹⁶ Per un’ampia disamina si legga R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos* 1-2017, Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale.

¹¹⁷ N. MARZONA, *op. cit.*, p. 89.

¹¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale I. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1992, 159.

¹¹⁹ Così N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, cit. 87 ss.

partire dall'emanazione del d. l. 90/2014, (convertito con Legge 114/2014), e cioè con l'assegnazione di poteri sanzionatori¹²⁰, l'ANAC ha assunto l'attuale fisionomia di autorità amministrativa indipendente, fino a diventare oggi l'architrave della riforma appalti, grazie all'esercizio di una funzione normativa (integrativa-attuativa), prima ordinariamente rimessa al potere regolamentare del governo¹²¹.

Il nuovo codice dei contratti pubblici ha infatti previsto l'attribuzione ad ANAC di più ampie funzioni¹²² e più incisivi poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatori, nonché di adozione di atti di indirizzo e di regolazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante, fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC dinanzi al giudice amministrativo.

C'è chi parla persino di "Riforma ANAC"¹²³, laddove il fulcro e il centro propulsivo di una riforma diventi la deregolamentazione, fatto salvo il carattere vincolante di alcuni atti unici, emanati da ANAC, o d'intesa con il Ministero.

Oggi, infatti, l'ANAC è chiamata a svolgere una funzione di vigilanza e prevenzione degli illeciti, e, contemporaneamente; allo stesso tempo deve occuparsi di integrare dei vuoti normativi, con i quali si intendendo gli spazi lasciati dalla legge all'Autorità, con il compito di sviluppare e integrare il precetto primario nelle parti che afferiscono a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi¹²⁴. A ciò si aggiunga che l'ANAC gode di autonoma legittimazione ad agire in giudizio per l'impugnazione di bandi, atti generali e provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, senza previa interlocuzione con essa, qualora ritenga che essi violino norme di legge in materia di contratti pubblici. L'autorità può inoltre agire in giudizio in presenza di gravi violazioni del Codice, previa emissione di un parere motivato contenente la diffida alla stazione appaltante a sanare le illegittimità riscontrate in autotutela.

¹²⁰ R. CANTONE, F. MERLONI, (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit. 1 ss; S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Il libro dell'anno del diritto (2015) – Treccani.it*.

¹²¹ R. GRECO, *Il Ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici (Convegno "Il nuovo Codice degli appalti dopo le linee guida Anac"* Milano, 28-29-30 novembre 2016) in www.giustizia-amministrativa.it. Sulla storia di ANAC, più diffusamente, E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: "post fata resurgam"* (commento alla legge 27 maggio 2015, n. 69) in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, 6, 757-767.

¹²² Fermo restando, in generale, le funzioni normative già spettanti all'ANAC prima della riforma; infatti nessun dubbio si pone con riferimento alla facoltà di emettere regolamenti di organizzazione, collegata, più in generale, all'indipendenza anche organizzativa che la legge assicura alle Autorità indipendenti. Sono esempi di regolamenti di organizzazione quello del 16 novembre 2016, in materia di esercizio del potere sanzionatorio, e quello del 5 ottobre 2016 sui pareri di precontenzioso.

¹²³ In questi termini F. PATERNITI, *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, in I NICOTRA, (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, pp. 91 ss.

¹²⁴ Così nella Relazione annuale ANAC 2018, p. 6 reperibile al link www.anticorruzione.it nella sezione comunicazioni/news.

Più nello specifico, ferma restando la facoltà di porre in essere regolamenti di organizzazione interni, tra le disposizioni codicistiche maggiormente significative¹²⁵ in tema di attribuzione di competenze all'ANAC, rientra certamente il comma 2 dell'art. 213, il quale prevede che:

“l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo¹²⁶, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti” il cui supporto è facilitato dallo scambio di informazioni, favorendo inoltre sia l'omogeneità dei procedimenti amministrativi e che lo sviluppo delle migliori pratiche. Inoltre, è chiamata a trasmettere alle Camere, *“immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo”*, in particolare quelli *“ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti”*. L'articolo definisce inoltre *“l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa”*. Per l'emanazione delle linee guida l'Anac deve quindi dotarsi *“di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale”*, facendo così rispettare sia *“la qualità della regolazione”* che *“il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice”*.

¹²⁵ Nel codice appalti, è prevista l'attribuzione di diversi poteri da parte di specifiche disposizioni; si pensi, ad esempio, a quelli esercitabili nella fase di esecuzione del contratto come il controllo sulle varianti in corso d'opera e sulle modifiche ai contratti in corso di esecuzione (art. 106, comma del Codice), o a quello normativo vincolante, per le parti che vi abbiano aderito, dei pareri di precontenzioso (cui si aggiunge anche, ai sensi del comma 2 dell'art. 211, il potere di ordinare alle stazioni appaltanti di provvedere in autotutela entro 60 giorni in caso di provvedimenti illegittimi). Quello che certamente risulta essere il più ampio è quello regolamentare e normativo. Si veda sul tema della lesività del parere ANAC TAR Lazio -Roma, Sez. III, 14 maggio 2017 con commento di O. CARPARELLI, *Parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, d. lgs. n. 50 del 2016, espresso dall'ANAC dopo l'aggiudicazione: è ammissibile il ricorso innanzi al G.A.?*, in *LexItalia.it*.

¹²⁶ Una certa rilevanza assumono i bandi-tipo, in considerazione della previsione di parziale vincolatività degli stessi contenuta nell'art. 71 del d.lgs. 50/2016 alla stregua del quale *“al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente all'adozione da parte di Anac di bandi-tipo i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi [...] le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo”*.

Essi sono volti a garantire alle stazioni appaltanti *“uno strumento a garanzia di efficienza, standard di qualità dell'azione amministrativa e omogeneità dei procedimenti”*, risultante come esito di considerazioni degli orientamenti più consolidati e aggiornati con quelli dell'ANAC in materia, nonché di scambio di informazioni, oltre alle migliori pratiche constatate presso le Pubbliche Amministrazioni.

Dal punto di vista contenutistico, l'ANAC afferma che alcune prescrizioni, di carattere facoltativo possono anche essere omesse dalla stazione appaltante, senza che sia necessaria alcuna motivazione relativamente alla scelta; necessaria, invece, laddove si tratti di aspetti che devono necessariamente essere disciplinati così come da bando e da prescrizioni legislative (art.79 u. c.).

Ai sensi della disposizione codicistica, dunque, per raggiungere gli obiettivi della *better regulation* si deve procedere in primo luogo con la riduzione dello *stock* normativo, destinato a essere sostituito, in specie per la regolamentazione di dettaglio, con strumenti flessibili variamente denominati (linee guida; bandi-tipo; contratti-tipo), “*anche dotati di efficacia vincolante*”, impugnabili davanti dal giudice amministrativo in modo diverso a seconda della natura vincolante o meno degli stessi. Prendendo il posto dell’ormai abrogato D.P.R. 207/2010, essi rappresentano dunque quella soluzione flessibile voluta dal legislatore, in quanto maggiormente compatibile con le esigenze dell’economia e di rapido adeguamento della normativa alle evoluzioni che connotano il settore degli appalti pubblici.

Gli atti di *moral suasion* sono definiti dalla stessa ANAC dei “*punti di riferimento imprescindibili*”, stante l’esigenza di procedere ad “*un’interpretazione comune della normativa di settore*”; lo stesso potere regolatorio “*rappresenta una manifestazione del potere di vigilanza, concretamente realizzato mediante la posizione, in via preventiva, di regole di condotta, di norme non vincolanti, contenute sia in atti normativi che in atti paranormativi, al fine di garantire ex ante il buon funzionamento del mercato, fornendo un contenuto interpretativo di tipo conformativo e correttivo della norma superiore*”¹²⁷.

Se, quindi, da punto di vista di ANAC, gli atti hanno una funzione conformativa e persino “correttiva” della norma superiore, nel giudizio di alcuni esponenti di dottrina questi atti rappresentano proprio come ANAC sia diventata una sorta di “*autorità atipica*”, le cui funzioni si sovrappongono in parte a quelle dei poteri dello Stato, costituzionalmente legislative, e in parte a quelle con poteri giudiziari¹²⁸.

Nella riforma appalti l’ANAC non è centrale solo per l’affidamento di compiti di normazione e regolazione, ma anche per le funzioni puntualmente previste in ciascuna singola disposizione contenuta nel Codice, che sono parti essenziali del funzionamento di istituti giuridici diventati parte integrante della materia.

Per esempio, l’ANAC gestisce: il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti (SOA) e dei criteri di qualificazione delle centrali di committenza; il sistema della Banca Dati

¹²⁷ N. PARISI E M. L. CHIARIMENTI, *Il ruolo di ANAC e l’attuale assetto italiano in materia di prevenzione della corruzione alla luce dell’esigenza di adempimento delle direttive europee in materia di appalti pubblici*, par. 4.1.4.pag. 10 reperibile sul sito ANAC.

¹²⁸ N. LONGOBARDI, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *GiustAmmit*, 2016, fasc. 6, 11 sottolinea i tratti di “atipicità” dell’Anac, evidenziando “*la tendenza a privilegiare un’ottica burocratica di prevenzione della corruzione che può danneggiare la concorrenza [...] la tendenza ad occupare lo spazio della discrezionalità delle stazioni appaltanti e ad invadere il campo proprio dell’autorità giudiziaria*”; E. D’ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l’Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, n. 4, 436 ss; che ricostruisce i nuovi poteri dell’Anac suddividendoli in attività di indirizzo e regolazione, attività di controllo e vigilanza, attività di segnalazione e sanzionatorie oltre che attività di gestione del contenzioso.

Nazionale dei Contratti Pubblici, avvalendosi dell'Osservatorio sui contratti pubblici e stabilendo le modalità di funzionamento dell'osservatorio e le informazioni obbligatorie che a esso devono affluire¹²⁹; quello del Casellario informatico dei contratti pubblici¹³⁰; quello dell' Albo Nazionale Obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (art. 78 del Codice); il funzionamento dell' elenco delle stazioni appaltanti che procedono ad affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* (art. 192 del Codice). Infine, di non poco conto è la possibilità dell'ANAC di collaborare con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) per l'elaborazione del *rating di legalità*, che diventa componente del *rating di impresa* (comma 10 art. 83 del Codice).

Infine, all'ANAC spettano i poteri di vigilanza¹³¹, d'ordine, di raccomandazione e sanzionatorio¹³².

Nella relazione ANAC del 2018 è riportato che l'attività di vigilanza si sia concentrata da un lato sulla verifica dell'adozione degli strumenti di prevenzione, dall'altro sull'adozione delle azioni e misure previste in questi atti di natura programmatica.¹³³ In particolare, l'Autorità ha proceduto alla verifica dei seguenti aspetti: correttezza del processo di formazione del PTPC; connessione tra analisi conoscitive e individuazione delle misure di prevenzione; rilevanza delle misure di prevenzione nel contesto amministrativo, modo di articolazione delle misure e responsabilità degli uffici; predisposizione di adeguate forme di monitoraggio sull'effettiva attuazione delle misure; adempimento dell'onere di aggiornamento del piano.

¹²⁹ È entrato in vigore il Regolamento del 1° marzo 2018 recante “*Regolamento concernente l'accessibilità dei dati raccolti nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici*”.

¹³⁰ ANAC ha adottato il Regolamento del 6 giugno 2018 per la gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹³¹ Nel 2017 sono stati emanati dei regolamenti ANAC in materia di vigilanza, come quello del 29/03/2017 sull'esercizio dell'attività di vigilanza sul rispetto degli obblighi di pubblicazione di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33; sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione e Regolamento; del 15/02/2017 sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

¹³² Sottoposto a consultazione, e rientrando nell'alveo dell'esercizio del potere sanzionatorio ANAC, il «Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro di cui all'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001 (c.d. *whistleblowing*)»; l'Autorità intende disciplinare l'esercizio del potere sanzionatorio che l'art. 1 della legge 30 novembre 2017, n. 179 le ha riconosciuto in materia di *whistleblowing* riscrivendo l'art. 54 bis del d.lgs. n. 165/2001.

¹³³ Ai fini dello svolgimento dell'attività di vigilanza in materia di trasparenza, l'Autorità, con delibera del 29 marzo 2017, ha approvato il nuovo Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza sul rispetto degli obblighi di pubblicazione di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Rientra nell'attività di vigilanza ANAC la richiesta agli OIV o altri organismi con funzioni analoghe, con la delibera n. 236 del 1° marzo 2017, di attestare, al 31 marzo 2017 la pubblicazione di specifiche categorie di dati, ritenuti particolarmente rilevanti sotto il profilo dell'utilizzo e della rendicontazione delle risorse pubbliche, ed è stato chiesto di pubblicare l'attestazione sui siti delle amministrazioni interessate entro il 30 aprile 2017. Da ultimo è stato emanato il regolamento del 4 luglio 2018 sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale – Serie generale n. 241 del 1° ottobre 2018.

ANAC si è altresì occupata di 200 istruttorie in materia di conflitto di interesse e ipotesi di incompatibilità e inconferibilità (disciplinate dal d. lgs. 39/2013¹³⁴ e dall'art. 53, comma 16-ter, del d. lgs. 165/2001)¹³⁵.

5. Istituti giuridici di prevenzione e lotta contro la corruzione nel D. Lgs. 50/2016.

Il d.lgs. 50/2016, oltre a prevedere funzioni e poteri in capo all'ANAC e l'utilizzo di strumenti di regolazione flessibile al fine di contrastare e prevenire la corruzione, contempla una serie di istituti e procedure a presidio della legalità, tra cui regole precise, comuni alle procedure di evidenza pubblica, volte a garantire la trasparenza ai sensi dell'art.29 del d.lgs. 50/2016¹³⁶.

5.1. Conflitto di interessi.

Sebbene vi siano anche altre disposizioni nel d.lgs. 50/2016 volte a prevenire situazioni di conflitto di interesse¹³⁷, certamente l'art. 42 del d.lgs. 50/2016, rubricato proprio "*conflitto di interesse*", evidenzia come il legislatore introduca un ampio concetto di conflitto di interesse, così da ricomprendervi qualsiasi situazione che possa comportare un'influenza negativa nel percorso decisionale e discrezionale della stazione appaltante, e provocare così distorsione

¹³⁴ Con riguardo alla prima ipotesi, relativa ai conflitti di interesse, l'Autorità non dispone di specifici poteri di intervento e sanzionatori, trattandosi di fattispecie spesso atipiche ossia non previamente tipizzate da disposizioni normative, fatta eccezione per il generale riferimento contenuto nella l. 241/90, il cui articolo 6-bis (introdotto dalla l. 190/2012) dedicato al "Conflitto di interessi" dispone che: «*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*». Il suddetto canone normativo ha trovato una più dettagliata formulazione con l'emanazione del d.P.R. 62/2013, cui è seguita l'adozione di specifici codici di comportamento da parte di ogni pubblica amministrazione ai quali è attribuito un sicuro valore giuridico, ossia quello di fonte di responsabilità disciplinare.

¹³⁵ È altresì stato regolamentato l'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi, nonché sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari con regolamento del 29 marzo 2017.

¹³⁶ L'art. 29 del d.lgs. 50/2016 prevede che tutti gli atti delle stazioni appaltanti relativi alla programmazione e alle procedure di affidamento di appalti pubblici e concessioni devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione Amministrazione trasparente, come previsto dal d.lgs. 33/2013. Inoltre, è obbligatoria la pubblicazione della composizione della commissione giudicatrice e dei curricula dei suoi componenti, nonché dei resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione. Tali atti, al fine di una maggiore trasparenza dell'azione amministrativa, devono essere, altresì, pubblicati sul sito del MIT e sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC. L'obbligo di pubblicazione del bando di gara viene meno, ai sensi dell'art. 63 del d. lgs. 50/2016, solo in forza di uno stringente obbligo motivazionale.

¹³⁷ Per esempio, il comma 7 dell'art. 24 del Codice secondo cui gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti o delle concessioni di lavori pubblici, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione. Ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti. Tali divieti non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori.

della concorrenza e mancanza di parità di trattamento tra tutti gli operatori economici. In base a tale articolo infatti: *“le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate a contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la libertà di trattamento di tutti gli operatori economici”* (comma 1)¹³⁸.

Inoltre, per la prima volta sono state enunciate tre situazioni che, presenti cumulativamente, costituiscono una situazione di conflitto di interesse¹³⁹:

- quando il personale che interviene nella procedura sia in grado di influenzare, in qualsiasi modo, il risultato della stessa procedura;
- quando il soggetto abbia direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale;
- quando l'interesse sia percepito come minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione.

Sebbene nella disposizione sia espressamente previsto che costituiscono situazioni di conflitto di interesse *“in particolare”* quelle che determinano *“l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62”*, la giurisprudenza ha precisato che siffatta espressione *“non comprende ogni altra situazione”*¹⁴⁰, in quanto *“le situazioni di conflitto di interessi nell'ambito dell'ordinamento pubblicistico non sono tassative, ma possono essere rinvenute volta per volta in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite”*¹⁴¹. Anche il Consiglio di Stato, con parere n. 855/2016 del 21 marzo 2016, ha chiarito che l'art. 42 del d.lgs. 50/2016 *“prevede disposizioni che vanno valutate con favore mirando ad una applicazione più estesa delle regole di incompatibilità, perché si riferisce in generale al personale della stazione appaltante, e quindi, non solo ai membri della*

¹³⁸ Si veda il contributo di M. LUCCA, *Il conflitto di interessi nel Codice appalti*, in *Gazzetta degli Enti Locali*, 11 aprile 2018.

¹³⁹ Il soggetto che ritiene di trovarsi in una delle tre situazioni è tenuto, oltre che a comunicare la sussistenza dei tre elementi, anche astenersi dal partecipare alla gara; diversamente la mancata astensione sarà fonte di responsabilità.

¹⁴⁰ Il TAR Campania, con sentenza n. 524 del 6 aprile 2018, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it, in proposito rileva come l'art. 42 del d.lgs. 50/2016 assuma un'ampia valenza, destinata a colorarsi in funzione della finalità di tutela della concorrenza e della imparzialità, perciò sulla nozione di “conflitto di interessi”, il secondo comma dell'art. 42 ha portata generale, mentre la locuzione “in particolare”, riferita alla casistica, di cui al richiamato art. 7 d.P.R. n. 62 del 2013, ha mero carattere esemplificativo.

¹⁴¹ Così già Cons. Stato, V, 19 settembre 2006, n. 5444 reperibile nel sito internet www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina si richiama il contributo di LUCCA, *Estensione del conflitto interessi e codice di comportamento (nota a margine della delibera ANAC n.1305 del 21 dicembre 2016)*, *LexItalia.it*, 25 gennaio 2017.

commissione giudicatrice”. L’interpretazione estensiva della norma conduce persino a inglobare, previa sussistenza di adeguata motivazione, ipotesi di “contaminazione” da parte di coloro che, a vario titolo, partecipano al processo di individuazione del contraente e di esecuzione del contratto: tutti i soggetti dipendenti, collaboratori o organi di vertice che in qualunque modo contribuiscono a formare la volontà della stazione appaltante e/o ne siano legittimi portatori, in quanto legati alla stessa da un rapporto di identificazione organica, devono essere imparziali e terzi rispetto alle decisioni e/o all’istruttoria, usando la massima cautela per non rientrare in alcuna ipotesi di “conflitto di interessi” e mettere così in pericolo la perfetta concorrenzialità della procedura e l’imparzialità dell’azione amministrativa in capo al soggetto giuridico che riveste il ruolo di Stazione appaltante.

Il conflitto di interesse rappresenta, tra l’altro, un esempio di istituto giuridico relativamente al quale l’autorità abbia attivato le proprie funzioni ai sensi del comma 2 dell’art. 213 del d.lgs.50/2016, ritenendo così opportuno adottare linee guida *“con l’obiettivo di agevolare le stazioni appaltanti nelle attività di competenza e favorire la diffusione di buone pratiche”*¹⁴², sebbene non vi fosse espressa previsione normativa di attribuzione di potere in tal senso in capo ad ANAC.

Infine, non può non dirsi che l’art 42 del Codice, oltre a porsi in relazione con l’art. 77 del Codice relativo alle garanzie di imparzialità e di indipendenza della commissione di aggiudicazione (di cui si tratterà tra poco), costituisce un ulteriore tassello del disegno composto della disciplina sistemica, volta a garantire il buon andamento della pubblica amministrazione. A livello costituzionale, il comma 2 dell’art. 97 Cost. prevede che *“i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell’amministrazione”*; altre fonti primarie hanno dato attuazione al principio dell’imparzialità della pubblica amministrazione che trova copertura costituzionale. Si pensi all’art. 78 del D. Lgs. 267/2000¹⁴³, disciplinante i doveri e la

¹⁴² Sono attualmente in consultazione le Linee Guida recanti *«Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici»* pubblicate sul sito internet di ANAC. Consultazione on line del 19 ottobre 2018 – invio contributi entro il 19 novembre 2018.

¹⁴³ Art. 78. Doveri e condizione giuridici recante la seguente disciplina:

1. Il comportamento degli amministratori, nell’esercizio delle proprie funzioni, deve essere improntato all’imparzialità e al principio di buona amministrazione, nel pieno rispetto della distinzione tra le funzioni, competenze e responsabilità degli amministratori di cui all’articolo 77, comma 2 e quelle proprie dei dirigenti delle rispettive amministrazioni.
2. Gli amministratori di cui all’articolo 77, comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado. L’obbligo di astensione non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell’amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado.

condizione giuridica degli amministratori degli enti locali; o l'art. 6-*bis* della legge 241/90 rubricato "*conflitto di interesse*", in cui si prevede che il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti a adottare pareri, valutazioni tecniche, atti endoprocedimentali e il provvedimento finale debbano astenersi, in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale. Si pensi ancora all'art. 35-*bis* del d. lgs.165/2001 (introdotto dalla legge190/2012) e rubricato "*prevenzione del fenomeno della corruzione nella formazione di commissione e assegnazione degli uffici*", in cui si prevede che i soggetti che siano condannati per reati contro la pubblica amministrazione, anche con sentenza passata in giudicato, non possano fare parte di commissioni per l'accesso all'impiego o la selezione di impieghi pubblici (nemmeno con compiti di segreteria), essere assegnati a uffici che gestiscano denaro pubblico, e neppure "*fare parte delle commissioni per la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, servizi e forniture per la concessione di sovvenzioni, erogazioni, contributi e sussidi, ausili finanziari nonché attribuzione di vantaggi economici*". Infine, si ricordano le disposizioni di cui agli artt. 6 e 7 del D.P.R. n. 62/2013, recante "*Codice di comportamento dei dipendenti pubblici*", le quali impongono al pubblico dipendente di informare circa attuali o potenziali conflitti di interesse, e di astenersi dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri o di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi; oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale; come anche di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia, o rapporti di credito o debito significativi; o ancora di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente; di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Inoltre, egli ha l'obbligo di rispettare le "*misure*

3. I componenti la giunta comunale competenti in materia di urbanistica, di edilizia e di lavori pubblici devono astenersi dall'esercitare attività professionale in materia di edilizia privata e pubblica nel territorio da essi amministrato.

4. Nel caso di piani urbanistici, ove la correlazione immediata e diretta di cui al comma 2 sia stata accertata con sentenza passata in giudicato, le parti di strumento urbanistico che costituivano oggetto della correlazione sono annullate e sostituite mediante nuova variante urbanistica parziale. Nelle more dell'accertamento di tale stato di correlazione immediata e diretta tra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini è sospesa la validità delle relative disposizioni del piano urbanistico.

5. Al sindaco ed al presidente della provincia, nonché agli assessori ed ai consiglieri comunali e provinciali è vietato ricoprire incarichi e assumere consulenze presso enti ed istituzioni dipendenti o comunque sottoposti al controllo ed alla vigilanza dei relativi comuni e province.

6. Gli amministratori lavoratori dipendenti, pubblici e privati, non possono essere soggetti, se non per consenso espresso, a trasferimenti durante l'esercizio del mandato. La richiesta dei predetti lavoratori di avvicinamento al luogo in cui viene svolto il mandato amministrativo deve essere esaminata dal datore di lavoro con criteri di priorità. Nell'assegnazione della sede per l'espletamento del servizio militare di leva o di sue forme sostitutive è riconosciuta agli amministratori locali la priorità per la sede di espletamento del mandato amministrativo o per le sedi a questa più vicine. Il servizio sostitutivo di leva non può essere espletato nell'ente nel quale il soggetto è amministratore o in un ente dipendente o controllato dalla medesima amministrazione.

necessarie alla prevenzione degli illeciti nell'amministrazione". In particolare, il dipendente "rispetta le prescrizioni contenute nel piano per la prevenzione della corruzione, presta la sua collaborazione al responsabile della prevenzione della corruzione e, fermo restando l'obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria, segnala al proprio superiore gerarchico eventuali situazioni di illecito nell'amministrazione di cui sia venuto a conoscenza".

Occorre, da ultimo, ricordare che il d.lgs. 175/2016 ha previsto una nuova ipotesi di incompatibilità dei funzionari pubblici, stabilendo all'articolo 11, co. 8, che: *«Gli amministratori delle società a controllo pubblico non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti. Qualora siano dipendenti della società controllante, in virtù del principio di onnicomprensività della retribuzione, fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate, nel rispetto del limite di spesa di cui al comma 6, essi hanno l'obbligo di riversare i relativi compensi alla società di appartenenza. Dall'applicazione del presente comma non possono derivare aumenti della spesa complessiva per i compensi degli amministratori».*

5.2. La creazione di un Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici.

L'art. 77 del d.lgs. 50/2016 prevede, rispetto alla disciplina precedente, la creazione presso l'ANAC di un Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici, cui attingere i nomi allorquando per l'aggiudicazione occorra adottare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹⁴⁴.

La *ratio* della previsione risiede nel rafforzamento delle regole di garanzia, trasparenza e imparzialità che devono pervadere, oltre che l'intera materia, soprattutto la disciplina dell'organo investito dei compiti di valutazione delle offerte.

La disposizione, in questo caso, affida l'attuazione della disciplina a linee guida ANAC¹⁴⁵, oltre che a un regolamento da emanare entro sei mesi dall'entrata in vigore delle linee guida,

¹⁴⁴ La previsione non vale per l'affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria o per quelli che non presentano particolare complessità, lasciando in questi casi la possibilità in capo alle pubbliche amministrazioni di nominare componenti interni, nel rispetto del principio di rotazione. Tuttavia, sempre in un'ottica di prevenzione, le linee guida ANAC n. 5 hanno stabilito che, in ogni caso, la nomina di commissari interni, una volta entrato a regime il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 50/2016, può essere effettuata solo quanto nell'albo non vi siano un numero di esperti della stazione appaltante sufficiente a consentire il rispetto dei principi di indeterminatezza del nominativo dei commissari di gara prima della presentazione delle offerte e della rotazione delle nomine.

¹⁴⁵ Linee guida 5 recanti *"Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici"* approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1190 del 16 novembre 2016, sulle quali è stato reso il parere consultivo n. 1919/2016 della Commissione speciale del Consiglio di Stato.

con il quale vengono disciplinate le procedure informatiche e le modalità per garantire la causalità della scelta dei commissari, la professionalità e la rotazione. Solo a partire dalla sua entrata in vigore potranno avviarsi le iscrizioni all'albo, e solo dopo tre mesi l'ANAC potrà dichiarare operativo l'albo e, conseguentemente, dichiarare superato il regime transitorio.

La centralità della disciplina è certamente contenuta nelle linee guida, di cui si tratterà più ampiamente nell'ultimo capitolo; tuttavia, la disposizione di per sé include rilevanti novità:

- i commissari devono essere nominati tramite sorteggio fra i componenti compresi nella lista fornita dall'ANAC, a sua volta formata attingendo dall'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici;
- il sostanziale ribaltamento delle regole precedenti in forza delle quali erano preferibilmente nominati commissari fra i dipendenti dell'amministrazione;
- l'estensione anche al presidente della commissione della causa di incompatibilità costituita dall'aver svolto altre funzioni o incarichi relativamente al contratto posto a base di gara (prima riferita solo ai commissari diversi dal presidente);
- la possibilità per i commissari di lavorare a distanza con procedure telematiche.

L'art. 77 del Codice deve essere letto in combinato disposto con l'articolo successivo del Codice, in cui è prevista l'istituzione di un Albo dei componenti delle commissioni giudicatrici presso ANAC che *“lo gestisce, lo aggiorna secondo criteri individuati da apposite determinazioni”*. All'ANAC spetta inoltre determinare con apposite linee guida *“i criteri e le modalità per l'iscrizione nell'albo dei soggetti interessati che devono essere in possesso di requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità nello specifico settore a cui si riferisce il contratto”* (comma 1 art. 78 del Codice). Le stesse linee guida disciplinano anche le *“modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici, prevedendo, di norma, sedute pubbliche, nonché sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche e per altri eventuali adempimenti specifici”* (comma 1-bis art. 78 del Codice). Sempre al fine di garantire la trasparenza nelle procedure a evidenza pubblica, le pubbliche amministrazioni devono pubblicare tempestivamente, sul profilo del committente, la composizione della commissione giudicatrice, i curricula dei componenti, il compenso dei singoli commissari e il costo complessivo sostenuto dall'amministrazione per la procedura di nomina.

Come si vedrà, il potere in capo ad ANAC si estende a disciplinare anche aspetti non solo “endorganizzativi” di tenuta e gestione dell'Albo, ma anche attinenti alla determinazione di *status* soggettivi, come dei commissari che rappresentano i presupposti per l'iscrizione e gli specifici requisiti di professionalità e moralità. La portata di tale potere è stata oggetto di

critica in quanto esorbitante rispetto ai principi della legge delega che, appunto, aveva assegnato al legislatore delegato il compito di affidare ad ANAC solo la disciplina generale della tenuta dell'albo e il suo aggiornamento.

5.3. La programmazione degli acquisti e dei lavori pubblici.

Alcuni altri istituti giuridici previsti nel codice, pur non facendo espressamente richiamo a misure di prevenzione della corruzione, forniscono un significativo contributo al perseguimento di tali obiettivi. Tra questi rientra la programmazione degli acquisti e dei lavori pubblici¹⁴⁶ prevista dall'art. 21 del Codice. Come noto, l'istituto della programmazione, intesa come garanzia di effettiva valutazione delle reali esigenze pubbliche, permette di collocare i fabbisogni nell'ambito di una pianificazione della domanda all'interno di un quadro di obiettivi di lungo periodo.

L'istituto è volto a ridurre gli spazi in cui interessi particolaristici possono insinuarsi nel più breve lasso di tempo, facendo perdere cognizione del reale fabbisogno complessivo della pubblica amministrazione. Sebbene la programmazione del fabbisogno della pubblica amministrazione non sia nuova all'ordinamento giuridico, per quanto concerne quella dei lavori¹⁴⁷ vi sono alcuni elementi di novità. In primo luogo, l'oggetto della programmazione (biennale) si è ampliato andando a includere, oltre ai lavori, i beni e i servizi, sebbene per importi unitari pari o superiori ai 40 mila euro. In secondo luogo, per gli enti locali è obbligatorio che la programmazione degli acquisti sia coerente con quella economica-finanziaria dell'ente, accentuando il legame tra disponibilità finanziarie e spese per appalti; inoltre, riveste particolare rilievo anche la previsione secondo cui nel piano triennale dei lavori deve configurare l'inserimento di *“opere pubbliche incompiute al fine del loro completamento, ovvero l'individuazione di soluzioni alternative, quali il riutilizzo la cessione a titolo di corrispettivo per la realizzazione di altra opera, la vendita o la demolizione”*¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Così come modificato dal D. Lgs. n. 97/2017. Per una disamina completa ed aggiornata dell'istituto si legga il contributo di S. USAI, *Programmazione e progettazione negli acquisti di forniture e servizi*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 16 giugno 2017 reperibile in www.appaltiecontratti.it.

¹⁴⁷ L'art. 28 del d. lgs. 163/2006, riprendendo l'art. 14, legge 109/1994, si è occupato in modo ancor più dettagliato della fase della programmazione dei lavori pubblici senza tuttavia renderla obbligatoria per gli appalti di servizi e forniture. Il legislatore, infatti, a fronte dell'obbligatorietà della programmazione triennale e annuale per i lavori pubblici, aveva previsto, come semplice facoltà per le amministrazioni, di predisporre un programma di acquisti.

¹⁴⁸ Si tenga presente che nel D. Lgs. n. 163/2006 vi era un solo riferimento al *“completamento dei lavori già iniziati”*. Nel 2015, secondo i dati raccolti all'Anagrafe delle opere pubbliche incompiute di interesse nazionale, le opere incompiute erano 838; per caserme, strade, ponti, ferrovie, impianti sportivi costruiti solo a metà per una spesa di 10 milioni di euro. Il Presidente della Corte dei Conti De Dominicis, nella relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario del 2015, disse: *“la Capitale d'Italia è il cimitero delle opere incompiute e che dietro la farraginosità e la doppiezza dei procedimenti amministrativi si trova l'acqua di coltura per l'illiceità di ogni tipo... sulle opere pubbliche grava un macigno un dedalo infernale di disposizioni e sotto-disposizioni che costituiscono il brodo di coltura della corruzione”*.

In questo caso, schemi-tipo per la redazione e la programmazione per acquisizione di beni e servizi sono stati predisposti, in forza di previsione legislativa, con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 16 gennaio 2018, n. 14 “*Regolamento recante procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l’acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali*” (in vigore dal 24 marzo 2018). Essi contengono tratti salienti come: i contenuti, tanto del piano acquisti forniture e servizi quanto dei lavori; il livello di progettazione minimo; l’ordine di priorità del programma triennale dei lavori pubblici, dei relativi elenchi annuali e relativi aggiornamenti; i criteri di inclusione delle opere pubbliche incompiute nei programmi triennali di lavori pubblici; la pubblicazione dei piani sui profili del committente; le modalità di presentazione delle osservazioni da parte di soggetti interessati e modalità per modificarli nel corso dell’anno; il ruolo del referente che riceve le proposte; informazioni fornite dai RUP ai fini del coordinamento delle proposte da inserire nella programmazione degli acquisti di beni e di servizi. Attualmente le pubbliche amministrazioni non sono ancora tenute a procedere con la programmazione di beni e servizi, poiché per l’applicazione concreta dell’istituto dovrà attendersi la gestione finanziaria del 2018, ai sensi delle previsioni della legge di bilancio n. 232/2016.

5.4 Aggregazione e centralizzazione delle committenze e qualificazione.

Gli artt. 37 e 38 del Codice, riguardanti il primo il tema dell’aggregazione e centralizzazione delle committenze (diventata obbligatoria), e il secondo la qualificazione delle stazioni appaltanti, rivestono particolare rilievo, poiché hanno dato applicazione al principio contenuto nella legge delega 11/2016 secondo cui: “*il contenimento dei tempi e la piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, effettuate sulla base del sistema di qualificazione (...) con possibilità, a seconda del grado di qualificazione conseguito, di gestire contratti di maggiore complessità, salvaguardando l’esigenza di garantire la suddivisione in lotti nel rispetto della normativa dell’Unione europea*”. La ratio legislativa di entrambe le disposizioni si fonda sull’esigenza di miglioramento della qualità delle procedure pubbliche; la stessa su cui si fondano le disposizioni che richiedono requisiti di partecipazione che possano testimoniare esperienza, professionalità e serietà dell’operatore economico che agisce nel mercato della contrattualistica pubblica.

Il miglioramento delle procedure a evidenza pubblica sul fronte della domanda si divide lungo due direttrici: la prima è la centralizzazione o aggregazione della competenza a rivestire il ruolo di stazione appaltante; la seconda la qualificazione quasi a renderle idonee¹⁴⁹.

La prima è volta a risolvere la problematica, non nuova all'ordinamento giuridico, della parcellizzazione delle stazioni appaltanti. Infatti, a partire dal 2012, complice l'accentuarsi della crisi economica, il numero di soggetti pubblici chiamati a fare ricorso a un meccanismo più accentrato di approvvigionamento è gradualmente aumentato, fino a includere amministrazioni centrali, regionali, autonomie territoriali, oltre alcune rientranti nella sanità, estendendosi a tutte le amministrazioni pubbliche e, finanche, alle società a partecipazione pubblica. Parallelamente sono state istituite numerose centrali di acquisto anche da parte delle Regioni ed enti locali.

Negli anni successivi il sistema di centralizzazione si è fondato sul sistema a rete tra le centrali regionali e Consip, con l'obiettivo di armonizzare i piani di razionalizzazione della spesa, parallelamente alla creazione del sistema dei soggetti aggregatori (istituito con d. l. 66/2014) che, presuppone la funzione di centrale di committenza, superandola in quanto forma evolutiva "qualificata e abilitata".

L'attuale disciplina prevede l'obbligatorietà o la facoltà di utilizzo di centrali di committenza¹⁵⁰ o soggetti aggregatori a seconda della fascia di importo dell'appalto: in particolare, laddove si tratti di acquisti di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 e di lavori inferiore a 150.000 euro, le stazioni appaltanti possono procedere autonomamente;

¹⁴⁹ Sul tema L. FIORENTINO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale di dir. Amm.*, 2016, 4, 436. Sulla natura giuridica delle centrali di committenza C. LAMBERTI, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 12, 1293. La centrale non acquista per sé, ma per rivendere: da questa considerazione è necessario muovere per individuarne i caratteri. Secondo la prima impostazione (più europeista) le centrali di committenza sono amministrazioni aggiudicatrici da assimilare a organismi di diritto pubblico, la cui attività centralizzata risponde al modello del grossista o dell'intermediario, in quanto essa acquista sul mercato beni o servizi per poi rivenderli alle amministrazioni aggiudicatrici: ne consegue che la centrale agisce secondo regole di mercato, assumendosi il rischio dell'operazione e dunque sia qualificabile come operatore economico con imputazione degli atti alla stessa centrale. Secondo un'altra impostazione (più nazionale), il rapporto che si costituisce tra soggetto aggiudicatore e centrale di committenza va ricondotto alla delegazione interorganica che consente la produzione di attività tramite un soggetto distinto non rientrante nel loro apparato organizzativo. La centrale di committenza costituisce dunque un modulo organizzativo privo di una propria individualità che non è un centro formale di imputazione autonomo, con la conseguenza che gli atti della procedura vanno imputati a tutte le amministrazioni che se ne avvalgono e che dovranno singolarmente formalizzare i rapporti con la ditta aggiudicataria mediante la stipula di appositi contratti. La soluzione del problema è devoluta alla giurisprudenza: basta qui rilevare che la centrale di committenza risponde alle esigenze di specializzazione nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e alla necessità di razionalizzazione della spesa pubblica mediante l'accorpamento degli appalti. Ma anche B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 5, 613.

¹⁵⁰ I requisiti base richiesti attengono prevalentemente a profili di carattere organizzativo, come strutture organizzative destinate alle attività di *procurement*, il sistema di formazione e aggiornamento del personale dedicato, la dimensione dell'attività. Tra i requisiti premianti, rientrano, invece, la valutazione positiva dell'ANAC in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione, la promozione della legalità e la disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara.

devono invece procedere tramite centrale di committenza o mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti per acquisti di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, nonché per acquisti di lavori di manutenzione ordinaria di importo superiore a 150.000 e inferiore a 1 milione di euro, laddove sprovviste di "qualificazione".

Il sistema di qualificazione riguarda tanto le centrali di committenza quanto le stazioni appaltanti; l'elemento della qualificazione permette alle une come alle altre di esercitare funzioni diverse, più o meno ampie, nell'ambito delle procedure¹⁵¹. Dunque, la disciplina di cui all'art. 38 del codice è strumentale all'art. 37 sotto il profilo del presidio della specializzazione, capacità ed efficienza delle stazioni appaltanti. La norma, infatti, delinea i contenuti del sistema di qualificazione, i tratti basilari dei requisiti da possedere per potere essere qualificati, e il sistema preposto alla istituzione, alla gestione e al controllo sul sistema stesso di qualificazione. La *ratio* sottesa alla disposizione attiene alla ricerca della massima efficienza operativa dei soggetti in relazione alle caratteristiche soggettive e specifiche esigenze merceologiche, tipologiche e territoriali, oltre che precise dotazioni organizzative.

L'ANAC cura la definizione delle modalità attuative, oltre a gestire la procedura di qualificazione delle stazioni appaltanti elaborando e tenendo un apposito elenco di quelle qualificate¹⁵². La centralità di ANAC nel sistema della qualificazione è data altresì dalla necessaria audizione (insieme a quella della Conferenza unificata Stato-regioni) nella sede della emanazione, su proposta del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con quello per la semplificazione della pubblica amministrazione del D.P.P.M. che definisce, ai sensi del comma 2 dell'articolo in commento, i requisiti tecnico-organizzativi di qualificazione¹⁵³.

Non solo, spetta ad ANAC prevedere le modalità attuative del sistema di qualificazione, e la titolarità dei poteri di iscrizione all'elenco, di revisione delle iscrizioni e di qualificazione con riserva.

¹⁵¹ M.E. COMBA, *Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello italiano*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 10, 1053; C. PANETTA, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giustamm*, n.7, 2016.

¹⁵² Art. 38 comma 1 del Codice. La qualificazione è conseguita in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo. Sono iscritti di diritto nell'elenco di cui al primo periodo, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, CONSIP S.p.a., INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a., nonché i soggetti aggregatori regionali di cui articolo 9 del d. l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89.

¹⁵³ I requisiti base richiesti attengono prevalentemente a profili di carattere organizzativo, quindi ad esempio, strutture organizzative destinate alle attività di *procurement*, il sistema di formazione e aggiornamento del personale dedicato, la dimensione dell'attività. Tra i requisiti premianti, rientrano, invece, la valutazione positiva dell'ANAC in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione, la promozione della legalità e la disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara.

È interessante riflettere sulle tempistiche di riorganizzazione e professionalizzazione del personale necessarie per acquisire i requisiti per la qualificazione, in quanto sarà l'ANAC ad assegnare alle stazioni appaltanti e alle centrali di committenza un congruo termine per avviarle; inoltre occorre individuare modalità applicative diversificate per i soggetti privati che ricadono nell'ambito di applicazione soggettiva del Codice; infine si demanda sempre ad ANAC la determinazione dei casi in cui si può procedere alla qualificazione "con riserva", finalizzata a consentire alla stazione appaltante e alla centrale di committenza di continuare con la propria attività per il periodo necessario ad acquisire la capacità tecnica e organizzativa richiesta. Sotto il profilo sanzionatorio, è stabilito che, alla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione, l'ANAC non rilascerà il CIG, del cui possesso non si prescinde per avviare le procedure di gara, se non in possesso della qualificazione.

Parte della dottrina critica aspramente la "compressione" di capacità giuridica in capo alle pubbliche amministrazioni "per via amministrativa da parte di ANAC", a cui nessuna norma costituzionale attribuirebbe il potere di interferire sull'autonomia degli enti pubblici territoriali ai sensi dell'art. 114 Cost., privando gli stessi della possibilità di diventare stazione appaltante (salvo come visto per importi di appalto sotto specifiche soglie)¹⁵⁴. Secondo questa tesi, precedentemente al d. lgs. n. 50/2016, la compressione della capacità contrattuale delle pubbliche amministrazioni avveniva su base legislativa (la cui copertura costituzionale era già messa in discussione sebbene riconducibile all'art. 97 Cost.), mentre attualmente ciò si verifica all'esito di un procedimento amministrativo attribuito alla competenza ANAC, la cui legittimazione rispetto al riparto di competenze è in dubbio.

5.5 Rating di impresa e di legalità.

Il Codice prevede, segnatamente all'art. 83, comma 10, l'istituzione presso l'ANAC di un nuovo istituto giuridico per consentire una migliore qualificazione dei partecipanti alle gare¹⁵⁵. Si tratta del sistema di *rating d'impresa* e delle relative premialità e penalità, in relazione al quale, sempre l'ANAC, rilascia alle imprese l'apposita certificazione¹⁵⁶. Il nuovo istituto, che si rivolge a tutte le amministrazioni che partecipano alle gare, è connesso a una pluralità di "requisiti reputazionali" in base a indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, e ad

¹⁵⁴ Si veda l'interessante e critico contributo di G. CUMIN, *Nuove perplessità sulla capacità di agire delle PP.AA. in ambito negoziale?*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 11, 1191.

¹⁵⁵ Occorre precisare che allo stato attuale la riflessione sull'istituto in oggetto deve fondarsi su una disciplina che è del tutto *in fieri*, in quanto la disciplina attuativa sarà esaminabile nell'interesse solo con l'emanazione delle linee guida.

¹⁵⁶ Secondo quanto previsto dall'art. 83, comma 10, "l'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dall'entrata del codice".

accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e l'affidabilità dell'impresa (tra i quali il *rating* di legalità, che certamente conserva un ruolo di primo piano nell'attuazione del nuovo sistema di premialità).

Anche in questo caso, il legislatore ha individuato nell'ANAC il soggetto "gestore" del sistema del *rating* di impresa, attribuendole il compito di:

- a) definire i requisiti reputazionali alla base del *rating* di impresa e relative premialità;
- b) stabilire i criteri di valutazione dei requisiti reputazionali;
- c) individuare le modalità di rilascio della relativa certificazione.

Con Linee Guida, nuovamente, l'ANAC ha delineato il complesso dei requisiti reputazionali alla base del *rating* di impresa e le relative premialità, stabilito i criteri di valutazione dei requisiti reputazionali, e individuato le modalità di rilascio della relativa certificazione (a condizione che in capo all'operatore economico sussistano i requisiti di ordine generale dichiarati con d.P.R. 445/2000). Tra gli utilizzi si ricordano: la qualificazione in gara per i servizi, forniture e lavori di importo inferiore a 150.000 euro; il calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 13, del Codice; la riduzione della garanzia per la partecipazione alla procedura e della garanzia definitiva ai sensi del comma 7 dell'art. 93 e del comma 1 dell'art. 103 del Codice.

Il calcolo del *rating* si basa due principali fattori: a) requisiti relativi alla valutazione della *performance* dell'esecutore (100 come punteggio massimo) e b) requisiti di carattere generale, che impattano sulla valutazione complessiva dell'operatore economico non necessariamente esecutore del contratto. Alcuni fattori sono considerati come penalizzanti qualora non già cause ostative alla facoltà di contrarre con la pubblica amministrazione e, quindi, al rilascio del *rating* di impresa¹⁵⁷.

La valutazione dei requisiti avviene, in primo luogo, tramite la compilazione di una scheda di valutazione della *performance* allegata alle linee guide da parte del responsabile unico del procedimento, in accordo con il direttore dei lavori e il direttore dell'esecuzione, da inviare ad ANAC che si occuperà di attribuire un punteggio.

Come noto, il *rating* di legalità predisponiva già delle misure legislative dirette a promuovere i principi etici nello svolgimento dell'attività economica per premiare le imprese che operano

¹⁵⁷ Tra questi: a) mancata adesione al soccorso istruttorio; b) inadempimenti in relazione alla denuncia obbligatoria delle richieste estorsive o corruttive; c) esito del contenzioso in fase di gara o di esecuzione; d) risoluzione contrattuale per inadempimento; e) escussione della cauzione per mancata sottoscrizione del contratto o per false dichiarazioni; f) attivazione della polizza decennale. Il mancato rilascio del certificato di collaudo o di regolare esecuzione costituisce causa ostativa al rilascio del *rating* di impresa.

nel rispetto di adeguati livelli di concorrenza, opponendosi alle diverse forme di espressione della criminalità¹⁵⁸.

Il tema del *rating* di legalità costituisce un altro momento cruciale e di contatto tra la disciplina appalti e il d.lgs. 231/2001 (Modello di organizzazione e gestione): la conformità degli adempimenti ex d.lgs.231/2001 viene a connotarsi nel Codice come autonomo elemento costitutivo e reputazionale ai fini dell'attribuzione del *rating* di impresa. Fino all'entrata in vigore del Codice, la conformità agli adempimenti ex d.lgs.231/2001, con riguardo ai criteri di qualificazione delle imprese, appariva come semplice elemento "accidentale" utile all'impresa per incrementare il punteggio nel cosiddetto *rating di legalità*¹⁵⁹. Oggi, il *rating* di legalità, pur mantenendo inalterata la sua configurazione normativa e la sua originaria funzione, è diventato uno dei parametri cui tenere conto in sede di accertamento dei requisiti reputazionali in base al nuovo istituto del *rating* di impresa¹⁶⁰. Occorre peraltro sottolineare come nel Codice il modello 231 assuma un proprio ruolo autonomo, in funzione di una coerente ricerca di assicurare il più alto livello di protezione da possibili comportamenti penalmente rilevanti e segnatamente appartenenti al catalogo dei reati 231.

Si tenga presente, in particolare, la previsione dell'art. 93, comma 7, in combinato disposto con il successivo art. 103, comma 1, in tema di garanzie provvisorie e di garanzie definitive, nei contratti di servizi e forniture, dove si riconosce una riduzione dell'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo, in misura pari al 30% per gli operatori in possesso del *rating* di legalità o dell'attestazione del Modello organizzativo ai sensi del Decreto 231, rimuovendone di fatto la condizione subalterna ossia di «elemento accidentale».

Sebbene occorra attendere l'emanazione delle linee guida e l'attuazione definitiva della normativa in oggetto, fin d'ora si può immaginare che alcune criticità possano ravvisarsi in una potenziale violazione dei principi del *favor participationis* o del principio di parità tra le imprese. Più in generale, si potrebbe assistere a un aumento del contenzioso proprio sulle

¹⁵⁸ Esso trova il suo fondamento e base giuridica nel sistema di premialità per le imprese approvato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato con delibera del 14.11.2012 in attuazione dell'art. 5 ter, d. l. 1/2012.

¹⁵⁹ Il regolamento con cui sono disciplinate le modalità e i requisiti richiesti per l'accesso all'istituto del *rating* di legalità prevede, infatti, la possibilità di incrementare il punteggio base di una stella al ricorrere di una serie alternativa e cumulativa di condizioni (almeno tre) tra cui "l'aver adottato un Modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001 seguito dal Decreto dei Ministeri dello Sviluppo Economico e dell'Economia e delle Finanze n. 57 del 20 febbraio 2014 che disciplina le modalità di considerazione del *rating* di legalità attribuito alle imprese dall'AGCM ai fini della concessione di finanziamenti pubblici e di accesso del credito".

¹⁶⁰ Art. 93, comma 7 del Codice degli Appalti. Si tenga peraltro presente che il Codice riconosce anche rilievo autonomo al *rating* di legalità: infatti l'art. 95, comma 13, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici devono indicare nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior *rating* di legalità dell'offerente. Conseguentemente il Decreto 231 assume ulteriore rilievo stante il suo ruolo costitutivo, come ricordato in precedenza, dello stesso *rating* di legalità.

modalità di assegnazione del punteggio¹⁶¹, in virtù del fatto che i parametri siano oggetto di valutazioni soggettive da parte di professionisti a contatto con gli operatori economici, come il responsabile unico del procedimento o il direttore lavori. Tra l'altro, se da un lato tale istituto sembra proprio valorizzare il susseguirsi di esperienze degli operatori con le stazioni appaltanti, sul versante degli affidamenti diretti accade l'esatto opposto, venendo privilegiato il concetto della rotazione e del far venire meno il "privilegio di posizione" (come si vedrà più specificatamente nel terzo capitolo).

Un'ultima riflessione si concentra sul ruolo rivestito dall'ANAC in qualità di soggetto "gestore" di un sistema che incide fortemente sulla concorrenza in materia degli appalti: tale potere rappresenta certamente una garanzia che, tuttavia, sembra nuovamente rendere l'ANAC un'autorità indipendente dalle caratteristiche assolutamente peculiari.

¹⁶¹ Proprio l'assegnazione o meno di un punteggio può, in effetti, incidere sulla capacità partecipativa di un operatore economico alle gare. Si veda TAR Lazio, Sez. III *ter*, 22 maggio 2018, n. 5642 e TAR Lazio, III *ter*, 22 maggio 2018, n. 5639.

CAPITOLO III

LINEE GUIDA ANAC ED ALTRI STRUMENTI DI REGOLAZIONE FLESSIBILE: SOSTEGNO ALLO SVILUPPO DELLE MIGLIORI PRATICHE NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. L'ampiezza del novero degli istituti giuridici la cui disciplina è affidata ad ANAC. 2. *Soft law* e vincolatività. 3. Un Tentativo di razionalizzazione degli atti di regolazione flessibile di attuazione del D. Lgs. 50/2016. 4. Diverse tesi sulla natura giuridica delle linee guida. 5. Considerazioni di ordine sistemico: una nuova forma di fuga dal regolamento?.

Nel presente capitolo si intende esaminare il contenuto degli atti di regolazione flessibile¹⁶² di attuazione della disciplina del codice dei contratti pubblici, di cui al D. Lgs. 50/2016 recante “*Codice dei contratti pubblici*”¹⁶³.

Nella tematica della contrattualistica pubblica diventa centrale il dibattito sull'endiadi “forma e sostanza”: se è accertato che si predilige la sostanza degli effetti dell'atto rispetto alla mera etichetta formale, è altrettanto vero che da un grado elevato di incertezza sulla qualifica formale degli atti può discendere una mancanza di semplificazione e riduzione dei tempi di espletamento delle procedure a evidenza pubblica, con ovvi risvolti negativi sia sull'economia dell'intero Paese sia sulla fiducia verso investimenti volti alla partecipazione a procedure di gara.

1. L'ampiezza del novero degli istituti giuridici la cui disciplina è affidata ad ANAC.

Il d.lgs. 50/2016 è composto da 220 art. e 225 allegati; la versione attualmente in vigore è stata già oggetto di 173 “rettifiche”¹⁶⁴ e di altre modifiche, a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. 56 del 19 aprile 2017, recante “*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”¹⁶⁵, correttivo emanato a seguito di un monitoraggio della prima fase di applicazione delle disposizioni legislative¹⁶⁶.

¹⁶² Sull'espressione strumenti di regolazione flessibile anche dotati di efficacia vincolante, l'autrice L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, fasc. 2, p. 73 afferma come si tratti di “*apparente ossimoro della formula normativa che mette insieme flessibilità e vincolatività*”.

¹⁶³ Rubrica così sostituita dall'art. 1, del D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 in quanto il testo previgente disponeva: “*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”.

¹⁶⁴ Si veda per lo specifico Comunicato 15 luglio 2016 in *Gazzetta Ufficiale*, 15 luglio 2016, n. 164.

¹⁶⁵ Il correttivo è stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 5 maggio 2017 n. 103.

¹⁶⁶ Per un commento organico al Codice alla luce del correttivo del 19 aprile 2017, n. 56 si veda il contributo di F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, 2017.

Il legislatore, emanando un decreto legislativo composto da 220 articoli e 225 allegati (rispetto ai 275 articoli di cui era composto il d.lgs. 163/2006) ha optato per la riduzione numerica degli articoli, affidandosi tuttavia a un numero complessivamente elevato di atti attuativi (50 in totale) di diversa natura: 15 Decreti del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti; 16 atti dell'ANAC; 6 Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e 16 decreti di altri Ministri.

La varietà degli strumenti di regolazione flessibile attiene sia alle procedure osservate per l'adozione degli stessi (come si vedrà, questo vale in particolare per i decreti ministeriali con cui vengono adottate le linee guida ANAC), sia al contenuto delle previsioni da cui discende, in sostanza, la vincolatività o meno dell'atto (come per il contenuto delle stesse linee guida ANAC).

Il contenuto delle linee guida ANAC, se di natura non vincolante, discende infatti da un'unica disposizione di legge (art. 213 del d.lgs. 50/2016); se di natura vincolante, invece, da una serie numerosa di disposizioni di legge, in cui il legislatore prevede l'intervento di ANAC per la disciplina attuativa di numerosi istituti giuridici.

Tra le disposizioni il cui contenuto è attuato o integrato dalle linee guida possono essere menzionate: l'art. 31, co. 5, che affida ad ANAC l'adozione di una disciplina di maggior dettaglio relativamente ai compiti specifici e sui requisiti di professionalità del RUP¹⁶⁷; l'art. 36, co. 7 che demanda alle linee guida l'elaborazione sia delle modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità degli affidamenti sotto soglia e delle indagini di mercato, sia quelle per la formazione e gestione negli elenchi degli operatori economici¹⁶⁸; come già precedentemente visto, l'art. 78 che affida ad ANAC l'attuazione della disciplina sul possesso dei requisiti di compatibilità, moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità dei commissari; l'art. 80, co. 13, che prevede che siano le linee guida ANAC ad indicare i mezzi di prova da considerarsi adeguati a dimostrare le circostanze di esclusione, ossia quelle carenze significative per valutare l'esclusione dell'operatore economico concorrente¹⁶⁹ nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto; l'art. 83, co. 2,

¹⁶⁷ In data 26 ottobre 2016, con delibera n. 1096, l'ANAC ha approvato le linee guida n. 3, aventi per oggetto *“Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni”* aggiornate con delibera n. 1007 dell'11 ottobre 2017 a seguito dell'emanazione del correttivo.

¹⁶⁸ In data 26 ottobre 2016, con delibera n. 1097, l'ANAC ha approvato le linee guida n. 4, aventi per oggetto *“Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”*, in attuazione dell'art. 36, d. lgs. 50/2016. Sullo schema di linee guida il Consiglio di Stato, in data 13 settembre 2016, aveva reso il parere n. 1903.

¹⁶⁹ Sul tema si legga il contributo di R. S. VIGORITA, *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida ANAC. Quale tutela?*, in *Federalismi.it*, 13 settembre 2017, fasc. 17. Sono state adottate le linee guida n. 6, poi aggiornate a seguito dell'entrata in vigore del correttivo. Si è altresì pronunciato sulla valenza giuridica delle linee guida il TAR Lazio, sezione, I -bis, 7 febbraio 2017, n. 2094; TAR Lazio, Sez. I -bis, 8 febbraio 2017, n. 2125; TAR Lazio, Sez. I bis, 8 febbraio 2017, n. 2129.

che, con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti da adottare, su proposta dell'ANAC, entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, e previo parere delle Competenti commissioni parlamentari, disciplina i requisiti speciali, stabilendo espressamente che per i lavori sono regolamentati il sistema di qualificazione, i casi e le modalità in cui è possibile l'avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche con riferimento ai consorzi di cui all'art. 45, lettere b) e c), oltre alla documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XV; l'art. 83, co.10, che, come visto, prevede che sia l'ANAC a gestire il sistema di rilascio di certificazione del *rating* di impresa; l'art. 84, co. 2, che demanda alle linee guida dell'ANAC la determinazione dei livelli *standard* di qualità dei controlli che le società organismi di attestazione (SOA) devono effettuare, con particolare riferimento a quelli di natura non meramente documentale (la stessa disposizione, inoltre, attribuisce all'ANAC poteri volti a garantire il rispetto degli standard di qualità e poteri di diffida e, nei casi più gravi, di sospensione e decadenza dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività)¹⁷⁰; ai sensi dell'art. 110, co. 5, lett. b) del Codice, ANAC individua, con linee guida, i requisiti aggiuntivi che deve possedere l'impresa ausiliaria sottoposta a concordato, in assenza dei quali è previsto il subentro dell'impresa ausiliaria nell'esecuzione dell'appalto; sono, invece, approvate con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti le linee guida predisposte dall'ANAC relative alle modalità con cui il direttore dei lavori effettua il controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto (come previsto dall'art. 111, co. 1, del Codice)¹⁷¹; l'art. 177, co. 3, prevede che siano le linee guida ANAC a fissare le modalità per la verifica del rispetto dell'obbligo, in capo ai concessionari, di affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti mediante procedura a evidenza pubblica; l'art. 181, co. 4, del Codice attribuisce invece all'ANAC, sentito il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il compito di adottare linee guida che definiscano le modalità con le quali le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso sistemi di monitoraggio, esercitano il controllo sull'attività dell'operatore economico (partner privato in un contratto PPP), verificando in particolare la permanenza in capo allo stesso dei rischi trasferiti¹⁷².

¹⁷⁰ Questa scelta è stata fortemente criticata, come espresso dal Consiglio di Stato con parere 1° aprile 2016, n. 855, reso sulla bozza del Codice degli appalti, che ha proposto che le linee guida per la determinazione dei livelli standard di qualità e delle categorie e classifiche dei lavori che saranno utilizzate dalle Soa, il modello del decreto ministeriale "su proposta dell'ANAC" anziché l'affidamento alla sola Anac della predisposizione di linee guida vincolanti, "*in quanto materia intrinsecamente normativa*". Critico sul punto, L. LONGOBARDI, *op.cit.*

¹⁷¹ Il Consiglio di Stato, in data 3 novembre 2016, ha reso il parere n. 2282 sullo schema di d. m. di approvazione delle linee guida sul direttore dei lavori e sul direttore dell'esecuzione.

¹⁷² Approvate con delibera n. 318 del 28 marzo 2018 del Consiglio dell'Autorità e recanti "*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*".

Particolarmente rilevanti sono le linee guida previste dall'art. 197 del Codice, in cui è stabilito che l'ANAC possa prevedere ulteriori requisiti, rispetto a quelli previsti dall'art. 80, di cui deve essere in possesso il contraente generale per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione, volti in particolare a provare un'adeguata capacità economica e finanziaria, un'adeguata idoneità tecnica e organizzativa nonché adeguato organico tecnico e dirigenziale.

Infine, anche al di fuori delle ipotesi espressamente tipizzate nel codice, l'ANAC, ai sensi del co. 2 dell'art. 213 del d.lgs. 50/2016, potrà sempre emanare linee guida volte a garantire *“la promozione dell'efficienza, della qualità e dell'attività delle stazioni appaltanti”*. Tra queste si ricordano le linee guida attinenti al servizio di architettura e ingegneria¹⁷³, quelle che forniscono indicazioni relativamente al ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione di un bando in caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, e quelle sulla vigilanza privata o sulla disciplina di affidamenti delle consulenze e dei servizi di consulenza legale.

2. *Soft law* e vincolatività.

Gli atti di *soft law*, il cui termine fa generalmente riferimento alle linee guida, sono diventati centrali non solo nella materia appalti ma anche nell'ambito sanitario¹⁷⁴ o della privacy.

Di consueto, il tratto caratterizzante le linee guida è la propensione e attitudine a indicare ai destinatari un indirizzo di comportamento da assumere. Sotto questo aspetto esse non rappresentano forme di regolazione completamente nuove: si pensi, infatti, alla valenza che da sempre hanno assunto le circolari o altri atti amministrativi che rientrano nel più vasto alveo degli atti di natura non normativa. Il connotato della vincolatività, invece, rende le linee guida

¹⁷³ Tra queste rientrano le linee guida n. 1, recanti *“Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria”* (approvate con delibera n. 973 del 14 settembre 2016) e le linee guida n. 2, aventi per oggetto *“l'offerta economicamente più vantaggiosa”* (approvate con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016).

¹⁷⁴ Si pensi alla rilevanza che hanno assunto le linee guida nell'ultima riforma sanitaria in tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria. Con l'art. 590 sexies c.p., introdotto dall'art. 6 della L. 8 marzo 2017, n. 24 recante *“Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”*, si è previsto una causa di non punibilità applicabile ai soli fatti inquadrabili nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 c.p., e operante nei soli casi in cui l'esercente la professione sanitaria abbia individuato e adottato linee guida adeguate al caso concreto, e versi in colpa lieve da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse. La suddetta causa di non punibilità non è applicabile, invece, né ai casi di colpa da imprudenza e da negligenza, né quando l'atto sanitario non sia per nulla governato da linee-guida o da buone pratiche, né quando queste siano individuate e dunque selezionate dall'esercente la professione sanitaria in maniera inadeguata con riferimento allo specifico caso; né, infine, in caso di colpa grave da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse. In ogni caso, le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell'art. 5 della L. 8 marzo 2017, n. 24 - pur rappresentando i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia - non integrano veri e propri precetti cautelari vincolanti, capaci di integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto; ne consegue che, nel caso in cui tali raccomandazioni non siano adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente, l'esercente la professione sanitaria ha il dovere di discostarsene.

ANAC peculiari rispetto alle circolari, soprattutto laddove previste per attuare e integrare la fonte primaria che, in alcuni casi, sembra essersi ritirata a norma di principio¹⁷⁵.

Alcuni tratti sono strettamente caratterizzanti le linee guida. Sotto il profilo della veste formale, esse hanno contenuto discorsivo e non tipico della norma giuridica, non contenendo infatti divieti espressi, ordini o sanzioni. Proprio la forma discorsiva dell'atto dovrebbe far presumere si tratti di mera indicazione operativa e orientativa, che lascia un ampio margine di esercizio della discrezionalità amministrativa da parte degli enti e delle pubbliche amministrazioni destinatarie. Proprio questa caratteristica intrinseca vale la qualificazione come "*atto di soft law*", ossia di diritto "*mite, leggero non vincolante*"¹⁷⁶.

Per quanto attiene agli effetti, alcune linee guida hanno valenza esclusivamente "*interna*"¹⁷⁷, nel senso che producono risultati all'interno della compagine amministrativa dell'ente che le ha emanate, quasi come fossero circolari amministrative; altre, di cui si tratta più propriamente nel presente lavoro, hanno efficacia anche esterna, nel senso che sono rivolte a destinatari terzi.

Il vincolo giuridico che discende dalle stesse può differenziarsi per intensità, per materia o soggetto che le emana. Talvolta infatti le linee guida possono essere emanate da uno o più Ministeri, oppure da un Ministero e da un'autorità amministrativa indipendente, ma anche dalla sola autorità amministrativa indipendente (si pensi al Garante della Privacy o alla stessa ANAC).

Il carattere vincolante delle linee guida induce a riflettere sulla collocazione delle stesse nel sistema delle fonti, intendendosi per "*fonte*" "*l'atto o il fatto abilitato dall'ordinamento giuridico a produrre norme giuridiche, cioè a rinnovare l'ordinamento giuridico stesso*".

Per "*sistema*", l'autorevole dottrina intende il fenomeno associativo che prende forma e si concretizza in una serie di regole istituzionali e organizzative, nelle quali sono espressi e fissati

¹⁷⁵ Tra i primi autori che si sono occupati di linee guida si veda Così G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?* in *Diritto amministrativo*, 2016, fasc. 3, p. 273, contributo scritto della relazione al 62° Convegno di studi amministrativi, *L'Italia che cambia dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione*, Varenna, 22 - 24 settembre 2016. Per l'autore, la categoria della *soft law* "*appartiene a una sorta di nouvelle vague del diritto e si caratterizza per l'estrema latitudine di impiego e dunque di significati*". L'autore evidenzia altresì come gli atti di *soft law* nascano per una molteplicità di ragioni, talvolta compresenti. Attesa, dunque, da un lato, l'estraneità all'ordinamento nazionale e, dall'altro lato, la varietà che caratterizza sia il significato sia la *ratio* sottesa all'emanazione degli atti di *soft law*, l'autore suggerisce di non ricorrere a una generica "categoria della *soft law*" per definire determinati atti e i relativi effetti giuridici; semmai - si afferma - il termine di *soft law* può essere utilizzato per indicare la "flessibilità" tipica degli atti di regolazione. Anche per un primo inquadramento e una descrizione delle caratteristiche in comune si legga dello stesso autore anche *Norme "forti" e norme "deboli"*, Milano, 2016.

¹⁷⁶ MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, nonché le considerazioni di MAZZAMUTTO, *L'atipicità delle fonti di diritto amministrativo*, per il Convegno Aipda 2015, *Le fonti nel diritto amministrativo*, Padova, 9-10 ottobre 2013.

¹⁷⁷ Sulle norme interne, oltre allo studio di ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. dir. Pubblico*, 1915, p. 329; SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950 e la monografia di BASSI, *Le norme interne*, Milano, 1963.

gli interessi del gruppo sociale; da ciò discende non solo che il sistema trova il suo fondamento nel principio ordinatore e nei valori adesso collegati, ma che è a sua volta disciplinato da altre regole dirette a stabilire l'esistenza di organi e procedure per la sua formazione, e di modi in cui le regole in esso devono essere coordinate¹⁷⁸.

Intrinseco al sistema delle fonti è il concetto di *norma giuridica*, che si caratterizza: a) per la sua attitudine a evidenziare degli interessi propri di un gruppo (ad esempio il co.1 dell'art. 41 della Cost. "*l'iniziativa economica privata è libera*"; b) per la tendenza a prescrivere modi e limiti con i quali i soggetti possono o devono perseguire siffatti interessi (ad esempio il co. 2 dell'art. 41 della Cost. "*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana*"); c) per determinare gli organi e le procedure competenti ad accertare l'inosservanza delle prescrizioni; d) per stabilire la sanzione da applicare nei confronti di chi non ha osservato la norma al fine di ripristinare l'ordinamento giuridico violato.

I caratteri più ricorrenti delle norme giuridiche sono tre: quello della positività, vale a dire enunciare un interesse vigente nella comunità e predisporre organi e procedure necessari per il suo soddisfacimento e per la sua tutela; della coattività, nel senso che l'ordinamento giuridico appresta gli strumenti affinché il precetto venga rispettato e applicato; della generalità e dell'astrattezza, che trova la principale eccezione proprio nelle leggi-provvedimento.

Ulteriore passaggio logico e imprescindibile è, dunque, quello della qualificazione di quale sia la forma tipica della norma giuridica, e se essa sia tale proprio grazie alla forma che assume oppure indipendentemente dalla stessa.

La norma giuridica è tale, innanzitutto, per la formulazione linguistica scritta, che assume il cosiddetto *nomen iuris*, come legge, regolamento, decreto-legge e così via, al fine di conferirle un certo grado di stabilità e la possibilità di riconoscerla nel tempo. Così, in presenza di una fonte del diritto è dato distinguere:

- a) l'aspetto formale, vale a dire l'atto in quanto posto in essere secondo una determinata procedura (questo vale, come noto, per la legge, per il regolamento o il decreto - legge);
- b) l'aspetto sostanziale, vale a dire il contenuto dell'atto, ciò che con esso viene disposto, come la disposizione stessa formulata per precetti;
- c) la norma giuridica desumibile dai criteri di cui sopra.

¹⁷⁸ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, 2000, pp. 31 ss. L'autore prosegue affermando che il sistema è caratterizzato da: a) una serie di valori che assicurano la vigenza del sistema; b) una serie di regole in cui questi valori vengono fissati in una formulazione linguistica; c) una serie di regole che stabiliscono gli organi e le procedure per la produzione delle regole; d) una serie di regole per il coordinamento del sistema nel sistema dal suo interno.

Inoltre, una coordinata imprescindibile per esaminare la collazione degli strumenti di regolazione flessibile nel sistema delle fonti italiano è costituita dalla distinzione tra fonti di produzione e fonti sulla produzione. Tra le prime rientrano atti e fatti, strumenti tecnici idonei a produrre il sistema normativo. Le seconde, di norma previste in Costituzione, sono disposizioni che disciplinano organi e procedure necessarie alla produzione delle norme; si pensi all'art. 70 della Costituzione "*la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere*", che stabilisce quali organi siano deputati, nel nostro ordinamento, a produrre delle leggi, mentre l'art. 72 determina la procedura per la formazione delle leggi.

In questa logica, alcuni Maestri della dottrina giuridica hanno sostenuto che nelle diverse "forme" degli atti, previste dall'ordinamento, possono essere ricompresi i "contenuti" più svariati, i quali comunque non hanno rilievo nella determinazione del tipo di atto, che è tale solo ed esclusivamente in virtù della procedura seguita per l'emanazione. Dalla forma, dunque, e non dal contenuto dipende la natura dell'atto, e quindi la sua efficacia, e di conseguenza il suo regime giuridico. Nell'assunto sembra farsi strada il concetto di "*relazioni vincolate tra forma e contenuto*"¹⁷⁹. Le regole procedurali di adozione degli stessi atti valgono a sostanziare l'efficacia vincolante e la qualifica di norma giuridica all'interno dell'ordinamento giuridico, che ne risulta modificato.

È da notare come debba essere lo stesso ordinamento giuridico a dover riconoscere ad alcune norme il potere di modificarlo; in altre parole, è come se la collocazione dell'atto nel sistema delle fonti rappresenti una sorta di garanzia di legittimazione, volta a riconoscerne una valenza giuridica esterna.

Venendo al caso di specie delle linee guida, come già detto, vi è una fonte di rango primario, il co.2 dell'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 che prevede che per l'emanazione delle linee guida l'ANAC si debba dotare "*nei modi previsti dall'ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogeni per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice*".

Si è dinnanzi a una base di norme "terziarie", a forte natura tecnica-operativa, le quali sono divenute parametri integrativi o complementari per la valutazione del corretto agire delle

¹⁷⁹ G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale, Il sistema delle fonti del diritto*, in *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, pp. 32 ss.

stazioni appalti e degli operatori del mercato¹⁸⁰. Ci si domanda, tuttavia, se siffatta previsione normativa possa ritenersi sufficiente per poter legittimamente ritenere che alle linee guida possa riconoscersi efficacia vincolante, sebbene non rientranti strettamente nell'elenco di atti di cui è costituito il sistema delle fonti.

3. Tentativo di razionalizzazione degli atti di regolazione flessibile di attuazione del D. Lgs.50/2016.

Al Consiglio di Stato, nell'esercizio delle proprie funzioni consultive, deve essere riconosciuto lo spunto definitorio sugli atti di regolazione flessibile previsti nel d.lgs. 50/2016, alla cui dottrina e giurisprudenza hanno fatto successivamente riferimento¹⁸¹:

- a) linee guida ministeriali: per tal intendendosi quelli meramente propositive di ANAC che vengono recepite dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT), previo parere delle competenti Commissioni parlamentari;
- b) linee guida vincolanti ANAC: emanate con delibera ANAC e dichiarate espressamente vincolanti *erga omnes*, previo il rispetto di alcune garanzie procedimentali minime, come la consultazione pubblica, i metodi di analisi e di verifica di impatto della regolazione, le metodologie di qualità della regolazione, compresa la codificazione, l'adequata pubblicità e pubblicazione e, se necessario, il parere (facoltativo) del Consiglio di Stato;
- c) linee guida non vincolanti ANAC che hanno lo scopo di orientare comportamenti di stazioni appaltanti e operatori economici.

Le linee guida appartenenti al primo gruppo non possono propriamente qualificarsi di “*soft law*” per almeno due ordini di ragioni: in primo luogo, in quanto per la loro approvazione sono coinvolti tre organi dello Stato, essendo infatti approvate con decreto ministeriale, su proposta dell'ANAC, e “*previo parere delle competenti commissioni parlamentari*”, nonché “*sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici*”; in secondo luogo, sebbene esse siano soggettivamente atti amministrativi, le linee guida recepite nei decreti, esattamente come i regolamenti, innovano l'ordinamento con previsioni generali e astratte¹⁸².

¹⁸⁰ S. AMOROSINO, op. cit., p. 328; sullo specifico punto della soft law come fonte terziaria del diritto amministrativo si veda M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 683 ss.

¹⁸¹ Consiglio di Stato, Comm. Spec., parere 1aprile 2016, n. 855 sullo schema del d. lgs. n. 50/2016 reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸² Così anche la dottrina che esprime opinione unanime L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, fasc. 2, p. 74; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, www.giustizia-amministrativa.it; A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D. Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, *Urbanistica e Appalti*, 2017, fasc. 6, p. 765.

Costituisce un esempio il decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 7 marzo 2018¹⁸³ di approvazione delle linee guida recante “*il Direttore dei lavori: modalità di svolgimento delle funzioni di direzione e controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto*” emanato ai sensi dell’art. 11 del d. lgs. n. 50/2016. Il Consiglio di Stato, in sede consultiva ¹⁸⁴, ha sottolineato come il decreto in argomento abbia “*portata di attuazione e completamento*” dell’art. 11 del Codice con “*chiara efficacia innovativa nell’ordinamento che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza*”. Dunque, esso è in sostanza da considerare come un vero e proprio “*regolamento ministeriale*”, sebbene di approvazione di una linea guida ANAC, da cui discendono almeno due conseguenze:

- la resistenza all’abrogazione da parte di fonti sotto-ordinate e l’inapplicabilità delle stesse entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa;
- l’obbligo di osservanza delle regole procedurali di cui ai commi 3 e 4 dell’art. 17 della l. 400/1988, come la comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della loro emanazione o la sottoposizione al visto e alla registrazione della Corte dei conti.

Tuttavia, le linee guida ministeriali, pur essendo atti regolatori aventi il carattere di generalità e astrattezza, sono adottate tramite un procedimento maggiormente flessibile che permette di modificarne il contenuto in tempi più rapidi. Di concerto con altri ministri, il legislatore ha infatti eliminato il modulo procedimentale che comprendeva la proposta del MIT e la delibera del Consiglio dei Ministri prima previsti dal combinato disposto dell’art. 5 del d. lgs. 163/2006 e del co. 2 dell’art. 17 della l. n. 400/1988, che includeva la proposta del MIT, il concerto di altri Ministeri, il parere di ulteriori altri Ministeri e quello del Consiglio di Stato e del Consiglio superiore dei lavori pubblici, e infine la delibera del Consiglio dei Ministri. Peraltro, il venire meno nel nuovo modulo procedimentale del concerto ministeriale, e della delibera del Consiglio

¹⁸³ Art. 111 del d.lgs. 50/2016 recante “*Controllo tecnico, contabile e amministrativo*” recita:

1. Con decreto del Ministro delle Infrastrutture e Trasporti, da adottare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari, sentito il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici e la Conferenza Unificata di cui all'articolo 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, sono approvate le linee guida che individuano le modalità e, se del caso, la tipologia di atti, attraverso i quali il direttore dei lavori effettua l'attività di cui all'articolo 101, comma 3, in maniera da garantirne trasparenza, semplificazione, efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche anche per i controlli di contabilità. (si veda il d. m. 7 marzo 2018, n. 49) Con il decreto di cui al primo periodo, sono disciplinate, altresì, le modalità di svolgimento della verifica di conformità in corso di esecuzione e finale, la relativa tempistica, nonché i casi in cui il direttore dell'esecuzione può essere incaricato della verifica di conformità. Qualora le amministrazioni aggiudicatrici non possano espletare l'attività di direzione dei lavori, essa è affidata, nell'ordine, ad altre amministrazioni pubbliche, previo apposito accordo ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, o intesa o convenzione di cui all'articolo 30 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267; al progettista incaricato; ad altri soggetti scelti con le procedure previste dal presente codice per l'affidamento degli incarichi di progettazione.

¹⁸⁴ Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 19 ottobre 2016 reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

dei Ministri, è compensato dall'espressa previsione dell'acquisizione dei pareri da parte delle competenti commissioni parlamentari.

La flessibilità, in questo caso, si declina solo nel procedimento di formazione, posto che la "proposta" dell'ANAC in sostanza non differisce da quella del Ministro competente, che ordinariamente costituisce l'atto di iniziativa del procedimento di formazione del regolamento predeterminando, in sostanza, il contenuto dell'atto. La proposta "iniziale" dell'ANAC, con cui si avvia il procedimento, può essere modificata a seguito dei pareri del Consiglio di Stato e delle commissioni parlamentari, così come vale per la proposta ministeriale nel procedimento enucleato dal c.2 dell'art. 17 della l. n. 400/1988.

Al termine del procedimento, l'"approvazione" spetta al Ministro delle Infrastrutture, che fa propria la proposta, con un potere di decisione che ne può anche implicare la modifica. Rispetto al "modello classico" di procedimento ai sensi del co. 2 dell'art. 17 della legge n. 400/1988, l'approvazione del Ministero sostituisce la delibera del Consiglio dei Ministri. Tuttavia, così come accade nello schema classico di regolamento ex art. 17 della citata legge, secondo cui la proposta ministeriale, approvata con delibera del Consiglio dei Ministri, si fonde con essa in un unico atto formale, così la proposta dell'ANAC e l'"approvazione" ministeriale non restano atti separati, bensì si fondono in *"unico atto, avente la veste formale del decreto ministeriale e la sostanza di un atto, avente la veste formale di decreto ministeriale, nel cui preambolo verrà menzionata la proposta dell'ANAC quale atto dell'iter procedimentale di formazione del regolamento"*.

Dunque, al fine di rispettare la vincolatività delle linee guida e l'indipendenza, da un punto di vista formale, di ANAC rispetto al Ministero, occorre che vi sia una *"fusione formale e sostanziale tra decreto ministeriale e linee guida"* che si traduca in una formulazione formale e standard dell'atto¹⁸⁵. A tale proposito, il decreto ministeriale ha rappresentato l'occasione per

¹⁸⁵ Il Consiglio di Stato, in sede di esercizio di funzione consultiva, ha espresso favore per una formulazione precisa del decreto in oggetto: In epigrafe:

Visto l'articolo 1, comma 5 e comma 12, della legge delega n. 11 del 2016;

Visto il codice dei contratti pubblici (...)

Visto l'articolo 111, comma 1, del predetto codice (...)

Visto l'articolo 111, comma 2, secondo periodo, del predetto codice (...)

Visto l'articolo 216, comma 17 (...)

Visto l'articolo 217, comma 1, lettera u) (...)

Vista la iniziale proposta dell'ANAC in data (...)

Acquisito il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici reso il (...)

Udito il parere del Consiglio di Stato reso il (...)

Acquisito il parere delle competenti commissioni parlamentari di Camera e Senato resi il (...)

Su proposta definitiva dell'ANAC in data (...)

Adotta il seguente regolamento"

cui segue l'articolato diviso in due titoli rispettivamente per il direttore dei lavori e il direttore dell'esecuzione eventualmente articolati in Capi.

riflettere sia sulla forma che deve assumere tale atto, sia sul concetto di “*approvazione di una linea guida*”. Per quanto riguarda il primo profilo, l’iniziale versione di decreto era composta da un primo articolo che “approvava” le linee guida che venivano riportate in due “allegati al decreto”, e un secondo che disponeva di alcune abrogazioni di disposizioni vigenti. Il Consiglio di Stato ha sollevato alcune critiche a questa prima versione eccependo che, così formulata, sarebbe sembrata un “*ibrido*”, in cui il decreto ministeriale, ancorché nella sua stringatezza, avrebbe assunto la forma esteriore tipica di un regolamento, diviso in articoli, mentre le linee guida allegate quella tipica discorsiva, quasi come fossero due elementi strutturali a sé stanti. Sempre a parere del Consiglio di Stato, il decreto, in quella formulazione, sembrava voler rappresentare quasi un atto di “*approvazione-controllo*” del Ministero sulla volontà provvedimentale dell’ANAC. Tuttavia, un controllo simile si riscontra piuttosto nei casi in cui l’approvazione abbia per oggetto atti di organizzazione di enti pubblici e agenzie, vigilati appunto dal Ministero, ma non può essere esercitato nei confronti di ANAC per due ragioni: in primo luogo, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti non esercita alcuna vigilanza sull’ANAC; in secondo luogo, le linee guida non sono atti organizzativi di un ente, bensì atti che contengono regole generali e astratte dirette alla collettività, sia pure in un settore definito come la materia appalti.

L’approvazione ministeriale non può intendersi quindi come atto di esercizio di controllo sulle linee guida ANAC dovendo, piuttosto, nella formulazione del testo prevedersi una fusione formale e sostanziale tra decreto ministeriale e linee guida.

Il secondo gruppo è rappresentato dalle linee guida vincolanti, le quali sono ascrivibili al *genus* degli atti di regolazione delle autorità indipendenti. Come affermato dal Consiglio di Stato, con parere n. 855/2016, esse “*non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al genus degli atti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, sia pure con connotati in modo particolare*”¹⁸⁶. Nel caso di specie, la legge si limita a definire lo scopo che deve essere perseguito lasciando ampio spazio alla regolazione tecnica; all’ANAC è attribuito il compito di integrare il precetto contenuto nelle fonti di rango primario per quelle parti che afferiscono a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con esse. Il grado di percettività delle linee guida, invece, è come se si misurasse dal margine di spazio lasciato alle stazioni appaltanti entro cui esercitare la discrezionalità amministrativa: è come se occorresse, di volta in volta, valutare la natura del precetto per stabilire se, effettivamente, esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie

¹⁸⁶ Dalla qualifica che si è dato all’atto discende la mancanza di attuazione dei limiti imposti all’esercizio del potere regolamentare statale ai sensi del comma 6 dell’art. 116 Cost.

attività valutative e decisionali¹⁸⁷. Si è ravvisato, grazie ai pareri resi dal Consiglio di Stato in sede consultiva sulle linee guida, che una delle problematiche attiene al rapporto che deve sussistere tra la disciplina di attribuzione del potere (tra la norma di relazione) ed il contenuto delle stesse linee guida.

Per esempio, le linee guida vincolanti sull’*“Iscrizione nell’elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall’art. 192 del d.lgs. n. 50/2016”* hanno offerto l’occasione e lo spunto per analizzare il limite di attribuzione del potere in capo ad ANAC da parte della stessa norma di relazione. In particolare, l’art. 192, co. 1, affida ad ANAC il potere di dettare disposizioni vincolanti relativamente: alla definizione delle informazioni contenute nell’elenco; ai soggetti legittimati a richiedere l’iscrizione; alle modalità di presentazione della domanda e all’avvio del procedimento; all’istruttoria per la verifica dei requisiti; alle comunicazioni di variazioni oltre che la cancellazione. Il Consiglio di Stato ha accuratamente, e fermamente, precisato che il fattore di legittimazione dell’affidamento domestico non è assoggettato a un accertamento costitutivo o a un’iscrizione con efficacia abilitante; diversamente avrebbe voluto significare che l’art. 192, tramite le linee guida, amplierebbe il catalogo dei requisiti sostanziali che consentono all’amministrazione aggiudicatrice o all’ente aggiudicatore l’affidamento di compiti di autoproduzione a proprie strutture organizzative, senza procedure competitive, e in alternativa al ricorso al mercato secondo logiche di *outsourcing*¹⁸⁸.

Anche in presenza dei requisiti sostanziali, se si subordinasse la praticabilità dell’affidamento all’iscrizione nell’elenco la disciplina in forza della quale, nelle more della definizione della procedura pubblicitaria, può essere paralizzato l’esercizio del potere discrezionale attribuito dalla legge¹⁸⁹ sarebbe priva di proporzionalità. Tuttavia, è altresì chiarito come l’iscrizione

¹⁸⁷ Così G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’ANAC: comandi o consigli?* in *Diritto amministrativo*, 2016, fasc. 3, p. 273, contributo scritto della relazione al 62° Convegno di studi amministrativi, *L’Italia che cambia dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione*, Varenna, 22 - 24 settembre 2016. Per l’autore, la categoria della *soft law* “*appartiene a una sorta di nouvelle vague del diritto e si caratterizza per l’estrema latitudine di impiego e dunque di significati*”. L’autore evidenzia altresì come gli atti di *soft law* nascano per una molteplicità di ragioni, talvolta compresenti. Attesa, dunque, da un lato, l’estraneità all’ordinamento nazionale e, dall’altro lato, la varietà che caratterizza sia il significato sia la *ratio* sottesa all’emanazione degli atti di *soft law*, l’autore suggerisce di non ricorrere ad una generica “categoria della *soft law*” per definire determinati atti e i relativi effetti giuridici; semmai - si afferma - il termine di *soft law* può essere utilizzato per indicare la “flessibilità” tipica degli atti di regolazione.

¹⁸⁸ I presupposti legittimanti dell’*in house providing* sono esclusivamente previsti all’art. 12 della direttiva 24/2014/UE e recepiti dall’art. 5 del codice e dall’art. 16 del d. lgs. 175/2016.

¹⁸⁹ A tal proposito, il Consiglio di Stato ha chiarito come il punto n. 6 delle linee guida dovesse essere riformulato nel senso di effettuare un rinvio ai requisiti legali o, in alternativa, di chiarire i parametri fissati con particolare riferimento al c.d. “controllo analogo” affermando che siano esemplificativi e che non fissano altri e ulteriori non consentiti precetti integrativi o modificativi delle elastiche regole fissate dalla legge.

nell'elenco non abbia mera portata notiziale, posto che di portata precettiva è l'affermazione secondo cui *“la domanda di iscrizione consente agli enti pubblici di effettuare sotto la propria responsabilità affidamenti diretti e che, prima dell'iscrizione in elenco, deve essere riscontrata [da parte di ANAC] l'esistenza dei requisiti”* per procedere all'affidamento diretto. La domanda di iscrizione nell'elenco, secondo l'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato, non costituisce atto di iniziativa procedimentale diretto ad assegnare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore un titolo abilitativo necessario per procedere ad affidamenti diretti ma, piuttosto, ha una duplice rilevanza: da un lato consente *ex se* di procedere all'affidamento senza gara, senza bisogno dell'intermediazione di un'attività provvedimentale preventiva, secondo uno schema concettuale che richiama il paradigma della segnalazione certificata delle attività private di cui all'art. 19 della l. 241/1990; dall'altro l'ANAC ha il compito di controllare la sussistenza dei presupposti soggettivi e dei requisiti di legge, con conseguente *“iscrizione che consolida una legittimazione già assicurata, nei termini descritti, dalla presentazione della domanda”*. L'ANAC, dunque, non ha il potere di inibire l'iscrizione in elenco dell'ente (dunque non è adottato un provvedimento di rigetto dell'istanza), quanto piuttosto di emanare, al più, un atto di accertamento negativo assimilabile a un provvedimento di esercizio del potere inibitorio analogo a quello previsto ai sensi dell'art. 19 della l. n. 241 del 1990. Tale atto rende le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori incapaci di procedere ad affidamenti diretti a quella specifica società; inoltre, alla stregua di altri provvedimenti di natura amministrativa, produrrebbe un effetto pregiudizievole per il medesimo ente, che in, futuro, rappresenterebbe il venire meno del presupposto legittimante dell'affidamento *in house*. In ogni caso, siffatto provvedimento avrebbe efficacia *ex nunc* e non *ex tunc*, non potendo comportare l'automatica caducazione degli affidamenti in essere e, a *fortiori*, dei contratti già stipulati.

Appartengono al terzo gruppo le linee guida non vincolanti ANAC che hanno lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti. In questo caso, il principio di legalità, a parametro di legittimità delle linee guida, è rappresentato dall'art. 213 del D. Lgs. 50/2016, che ha affidato ad ANAC *«la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche»*. Esse sono connotate da un contenuto discorsivo e da un minor rigore nell'enucleazione dell'indirizzo impartito all'amministrazione, che si sposa con la *ratio* dell'atto di favorire lo sviluppo delle migliori pratiche, senza contemplare previsioni vincolanti rispetto a quanto è previsto nella disposizione di legge. Le stazioni appaltanti sono, dunque, libere di discostarsi dall'indirizzo

fornito dall'ANAC, accompagnando la scelta a una motivazione. Tuttavia, la violazione delle linee guida, o il discostarsi dalle previsioni in esse contenute, può, in ogni caso, essere qualificabile come vizio sintomatico di eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta a riguardo della violazione delle circolari. Dunque, a differenza delle linee guida vincolanti, la cui violazione può comportare l'illegittimità dell'atto emanato dalla stazione appaltante sotto il profilo della violazione di legge, gli atti emanati prendendo a parametro le previsioni contenute nelle linee guida non vincolanti vengono giudicati sul piano della ragionevolezza e dell'opportunità delle scelte di regolazione¹⁹⁰.

Apparentemente potrebbe sembrare che le linee guida non vincolanti non siano centrali nell'attuazione delle previsioni codicistiche; tuttavia, conducono a una riflessione opposta quelle n. 4 emanate ai sensi del co. 7 dell'art. 36 del Codice, cui è *“affidato il compito di definire le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti nelle attività relative ai contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea e migliorare la qualità delle procedure, delle indagini di mercato nonché la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici”* e di *“indicare le modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata”*.

In questo caso, in modo che non esiterei a definire paradossale, alle linee guida non vincolanti viene affidata l'elaborazione delle modalità di applicazione del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti nel bilanciamento tra il principio di libera concorrenza e quello di tutela alla partecipazione del fornitore uscente, fatto di non poco rilievo viste le conseguenze che ne possono scaturire. Proprio alle linee guida dal carattere non vincolante, forse per la peculiarità degli interessi in gioco che richiedono l'esercizio della discrezionalità amministrativa, viene affidato il compito di trattare di una disciplina che, per tradizione, gode di una procedura “alleggerita”, pur sempre nel rispetto dei principi che permeano gli appalti pubblici, quali trasparenza, pubblicità, proporzionalità, concorrenza, non discriminazione e maggiore apertura al mercato possibile, cercando tuttavia di non aggravare gli operatori economici di inutili oneri aggiuntivi. Fermo restando la facoltà prevista in capo alle stazioni appaltanti di ricorrere alle procedure ordinarie, indipendentemente dall'importo posto a base di gara dell'appalto, si può procedere ad affidamenti diretti, seppur adeguatamente motivati, se l'importo a base di gara è inferiore a 40.000 euro¹⁹¹.

¹⁹⁰ Sui limiti del sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida si parlerà più ampiamente nel quarto capitolo del presente lavoro.

¹⁹¹ Art. 36. Contratti sotto soglia che recita:

1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle

Le linee guida in argomento hanno dunque la funzione di stabilire le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti a procedere con indagini di mercato, formazione e gestioni degli elenchi degli operatori economici, con indicazione delle modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti (oltre che le verifiche sull'affidatario), acquisendo quella funzione, anche confermata dal Consiglio di Stato in sede di commissione speciale (parere 19/09/2016, n. 1903), di *“buone prassi dalla natura non integrativa e quindi non vincolante”*; detto ciò, stride tuttavia l'espressione *“modalità di dettaglio per supportare le amministrazioni”* utilizzata dal legislatore.

Infatti, se esse prevedono delle modalità di dettaglio, sembrano piuttosto assurgere a ruolo di statuizioni e non tanto e solo di meri indicatori di prassi. L'architettura del sotto soglia così enucleata sembra prevedere una sorta di triplo strato di regolazione: il primo dettato dalla fonte di rango primario, il secondo da linee guida che dovrebbero avere carattere non vincolante e il terzo lasciato alle prescrizioni contenute nei regolamenti interni delle stazioni appaltanti, che possono dare applicazione concreta alla disciplina, prevedendo la suddivisione per fasce di importo, per settori merceologici, e alle regole interne volte al rispetto del principio di rotazione. Il tema, oltre ad avere sollevato alcuni rilievi critici, è stato oggetto di numerosi arresti giurisprudenziali intenti a enucleare limiti all'applicazione del principio di rotazione stesso. Nel complesso, a parere di chi scrive, difficilmente una disciplina così articolata può condurre a una semplificazione sistemica per le stazioni appaltanti. Non solo, la disciplina così congeniata è caratterizzata, nuovamente, da una sequenza di eccezioni alle eccezioni: si pensi al divieto di reinvio che può venire meno laddove si riscontri assenza di alternative, tenuto conto del grado di soddisfazione maturato nel precedente appalto e delle conseguenze alternative. Senza pensare

microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50.

2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:

- a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta;
- b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;
- c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;
- d) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 4, lettera a).

al fatto che alcune esclusioni dell'uscente possono essere effettivamente molto problematiche, essendo ridotta e limitata la possibilità di partecipare, e anzi di vedersi affidare, l'appalto sotto soglia.

Il tutto si traduce in un onere procedimentale particolarmente elevato, tanto sotto il profilo motivazionale, quanto sotto quello di proceduralizzazione degli affidamenti, sebbene essi abbiano valore molto basso (di poche decine di migliaia di euro).

Il grado di formalizzazione richiesto alle procedure di gara sottosoglia, anche quelle di importi molto modesti, crea dubbi di funzionalità e, nuovamente, dispone di un settore estremamente regolato in modo quasi puntuale, quasi a voler ispirare la massima prevenzione e la cultura del pieno rispetto¹⁹².

A dispetto del tentativo teorico di enucleare gruppi di linea guida, dalla loro lettura approfondita si evince che alcune di esse contengono previsioni di natura vincolante e previsioni di natura non vincolante. Per esempio, le linee guida n. 3 recanti *“Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni”* contengono previsioni vincolanti, come previsto al co. 5 del medesimo articolo¹⁹³, e non vincolanti ai sensi del co. 2 dell'art. 213 del Codice. La doppia valenza delle linee guida comporta delle conseguenze sul piano della redazione delle stesse: persino il Consiglio di Stato, al fine di non creare confusione per gli operatori del diritto, aveva suggerito di tenere distinte da un lato *“le parti del testo di carattere non vincolante (come le indicazioni di carattere generale in materia di RUP o quelle relative all'ambito di applicazione del testo)”*, e dall'altro le *“parti contenenti prescrizioni vincolanti (come quelle relative a compiti specifici del RUP, agli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto previsto dal “Codice” e alle possibili ipotesi di coincidenza soggettiva con il progettista o con il direttore dell'esecuzione)”*. Il suggerimento è stato accolto da ANAC in sede di aggiornamento delle linee guida a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs.97/2016, tanto da procedere a una riformulazione e suddivisione del testo nelle due parti secondo il criterio di cui sopra, al fine di agevolare le stazioni appaltanti nell'applicazione delle prescrizioni, o meglio nella comprensione delle conseguenze sugli atti consecutivi e applicativi delle linee guida. A dispetto della suddivisione in due parti da un punto di vista formale, in

¹⁹² Così O. ABBAMONTE, *Appalti sotto-soglia e certezza del diritto*, Relazione al Convegno organizzato da IGI in Toma il 19/04/2018 in tema di *“I contratti sotto-soglia alla luce delle linee guida n. 4/2016”*.

¹⁹³ Il co. 5 dell'art. 31 ora recita *“L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente codice, definisce una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. Con le medesime linee guida sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione. Fino all'adozione di detto atto si applica l'articolo 216, comma 8”*. Siffatta previsione costituisce il fondamento giuridico in forza del quale le linee guida n.3, nella parte interessate, sono atti dal contenuto vincolante.

sostanza nel medesimo atto si è ravvisato una doppia anima (vincolante e non vincolante insieme). Dal grado di vincolatività di una previsione contenuta nella linea guida discende un ulteriore corollario: l'attenzione che deve essere riposta nella redazione delle espressioni che rendono, appunto, vincolanti i precetti¹⁹⁴.

Anche le linee guida n. 2 sull' "*Offerta economicamente più vantaggiosa*"¹⁹⁵ (OEPV), emanate ai sensi del co. 2 dell'art. 213, contengono parti vincolanti e parti non vincolanti; diverse sono, infatti, le espressioni utilizzate, come "*si deve adottare un determinato comportamento*", "*è obbligatorio*" ed "*è necessario*" o formule simili. Mentre in altre parti vi sono espressioni come "*si possono*", "*si può*" o "*è opportuno*"¹⁹⁶. Anche in questo caso, il Consiglio di Stato¹⁹⁷ ha ravvisato alcune criticità sulle modalità di redazione delle stesse e, dunque, dell'efficacia che, invece, dovrebbero avere relativamente a un tema centrale come le metodologie valutative e il menu di strumenti di analisi delle offerte. A tale riguardo il Consiglio di Stato ha interpretato la scelta di ANAC, contenuta nella versione sottoposta a parere, come di poca utilità quando, invece, le linee guida dovrebbero costituire un documento centrale per la valorizzazione del metodo di aggiudicazione dell'OEPV (centrale nella riforma appalti). Esse dovrebbero infatti "*guidare l'esercizio della discrezionalità delle stazioni appaltanti*", motivando come "*tale esigenza, che si rivela del tutto coerente con la mission istituzionale assegnata all'ANAC, appare urgente per gli aspetti della disciplina maggiormente esposte al rischio di distorsioni della concorrenza o di alterazione della par condicio tra gli operatori economici e che necessitano, quindi, di istruzioni finalizzate a scongiurare quei pericoli*".

Il legislatore affida alle linee guida in argomento il compito di regolare aspetti di particolare rilievo: un esempio può essere quello dell'enucleazione di contratti, per oggetto e importo, per i quali è preferibile adottare il metodo del prezzo più basso (criterio del prezzo o del costo) piuttosto che quello dell'OEPV; un altro la suddivisione proporzionata dei punteggi riservati in ogni componente dell'offerta, indicando, a titolo esemplificativo, l'articolazione di massima, più equilibrata dei diversi elementi di valutazione, ferma restando in ogni caso la discrezionalità

¹⁹⁴ Come l'espressione di "necessario livello di inquadramento giuridico" per rivestire il ruolo di RUP (da intendersi che il dipendente occupi una posizione elevata ma non riferita alla professionalità tecnica posseduta, oppure, viceversa, che possa vantare una rilevante professionalità tecnica pur se inquadrato in una posizione non elevatissima).

¹⁹⁵ Che costituiscono "*istruzioni operative indirizzate alle stazioni appaltanti e finalizzate, perlopiù, ad offrire alle amministrazioni aggiudicatrici formule e metodi*" sulla valutazione delle offerte e sull'assegnazione alle stesse di un punteggio numerico".

¹⁹⁶ Esse sono citate quale parametro di violazione di legge, come qualsiasi altra disposizione di legge tra i motivi di ricorso su cui si è pronunciato il TAR Lazio, Sez. II, 23 febbraio 2017, n. 2761 reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it

¹⁹⁷ Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 6 luglio 2016, n. 01767 parere sulle "*Linee guida del codice dei contratti pubblici concernenti il Rup, l'offerta economicamente più vantaggiosa e i servizi di architettura e ingegneria*".

delle stazioni appaltanti di una diversa e ragionata distribuzione dei pesi. Queste linee guida non vincolanti rappresentano un chiaro esempio di come sia complesso indicare prassi relativamente a temi così cruciali dell'espletamento degli atti di gara, trovando il giusto compromesso tra un testo che sia allo stesso tempo utile e completo, ma non vincolante.

3. Da quanto analizzato in prima battuta può notarsi come spetti all'interprete tenere conto, in concreto, del contenuto delle linee guida; d'altronde, come si vedrà anche in seguito, le conseguenze della mancanza di rispetto delle prescrizioni contenute nelle linee guida sono differenti.

Valga come sempre il parametro di riferimento per l'interprete l'art.12 delle Disposizioni sulla legge in generale, che stabilisce che occorre interpretare il “*significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse*”. In conseguenza:

- a) se vi sono nelle Linee guida delle espressioni vincolanti, la loro interpretazione sarà quella “ristretta”, in passato chiamata *stricti juris*;
- b) se nelle Linee guida vi sono delle espressioni non vincolanti, l'interpretazione potrà essere maggiormente “estensiva”.

4. Diverse tesi sulla natura giuridica delle linee guida.

La legge delega n. 11/2016 conteneva l'espressione, alquanto lacunosa, “*le linee guida possono anche essere vincolanti*”. Se infatti da un lato è stata formalizzata la vincolatività degli atti, dall'altro non sono precisate, in modo puntuale, le fattispecie regolate da linee guida dal carattere vincolante, lasciando talvolta all'interprete o alla giurisprudenza l'onere interpretativo.

In ordine alla possibilità di ampliare il novero delle fonti appartenenti al sistema italiano, si sono affacciati almeno tre diversi orientamenti interpretativi delle linee guida.

Per il primo, che esprime una tesi maggiormente restrittiva e più aderente al disposto del co.6 dell'art. 117 della Costituzione e dell'art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale, il sistema delle fonti del diritto sarebbe chiuso e non potrebbero essere contemplate fonti primarie e secondarie cosiddette atipiche.

Il regolamento di cui alla legge n. 400/1988 (governativo o ministeriale) rimarrebbe il solo atto sub-legislativo idoneo a introdurre nell'ordinamento nazionale norme giuridiche di rango secondario dotate del carattere di normatività e quindi capaci di innovare l'ordinamento¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Cfr. M. DELLE FOGLIE, *Verso un nuovo sistemi delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, www.giustamm, 2016 ed ivi i riferimenti a L. PALADIN, *Saggio sulle fonti del diritto italiano. Le problematiche della definizione e della individuazione*, in *Quad. cost.* 1993. Così anche C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?* in www.giustiziaamministrativa.it, 2016.

Le linee guida, dunque, non avrebbero siffatto carattere e si dovrebbe negare la capacità di modificare il quadro giuridico. In tal senso non vi è nessuna ragione ostativa per quanto attiene, invece, alle linee guida adottate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle Commissioni Parlamentari all'esercizio del potere normativo/regolamentare di cui alla legge n. 400 del 1988.

Per un secondo orientamento, lo "Stato" cui fa riferimento il co.6 dell'art. 116 della Costituzione non deve essere necessariamente identificato con il solo Governo, potendo darsi una lettura meno restrittiva, al fine di contemplare anche altri organismi appartenenti allo Stato-comunità quali le autorità indipendenti, purché tale potere sia attribuito per legge.

Infine, per un'ultima tesi, le linee guida sono qualificate come "regolamenti quasi indipendenti", nel senso che gli obiettivi che devono raggiungere sono da un lato prestabiliti dal legislatore, ma dall'altro non sono meramente attuative-esecutive della disciplina primaria, in quanto la stessa non è esaustiva¹⁹⁹.

In ordine alla natura vincolante o non vincolante delle linee guida si sono affacciate altre tesi. Per una prima tesi, le linee guida possono essere considerate vincolanti solo nel caso in cui il legislatore le qualifichi espressamente come tali; in tutti gli altri casi dovrebbero essere considerate linee guida non vincolanti. Tale opinione si fonda su due argomenti: il primo di tenore letterale, nel senso che la stessa denominazione "linee guida" induce a non ritenerla vincolante, salvo che il legislatore preveda espressamente il contrario; il secondo, di tipo giuridico sostanziale, secondo cui lo stesso co. 2 dell'art. 213 attribuisce in via generale all'autorità il potere di adottare "*linee guida ... ed altri strumenti di regolazione flessibile*", così chiarendo che le linee guida appartengono essenzialmente alla cosiddetta *soft law*²⁰⁰, salvo che il legislatore si pronunci in modo chiaramente contrario. Tuttavia, a parere di chi scrive, se si sposasse la linea interpretativa sopra descritta, si rischierebbe di depotenziare del tutto le linee guida, degradando le stesse a rango di mere raccomandazioni non vincolanti ogniquale volta non siano espressamente qualificate come vincolanti.

Secondo un'altra tesi, invece, la natura vincolante delle linee guida deve essere connessa alla funzione di integrazione delle disposizioni del codice e di attuazione del precetto primario. Se,

¹⁹⁹ Cfr. R. ROLLI e. TAGLIATA, *La legittimazione costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti* in www.giustamm.it, 2010; S. A. FREGGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, 1999.

²⁰⁰ M. CLARICH, *La funzione di regolazione e le fonti del diritto*, in *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 87. Per l'autore, una delle linee direttrici entro cui si muove l'evoluzione del sistema delle fonti è rappresentata proprio dalla diffusione della c.d. *soft law*, emersa nei Paesi anglosassoni e a livello europeo. Gli atti di *soft law* sono accomunati dal carattere essenzialmente non vincolante delle regole che con essi vengono poste e il loro grado di effettività varia a seconda dell'autorevolezza dell'organo da cui sono promanate. Contrapponendosi alla c.d. *hard law*, che designa l'insieme delle fonti del diritto tradizionalmente intese, "la *soft law* mette in discussione il principio di tipicità delle fonti degli atti amministrativi con valenza regolatoria che costituisce un'esplicazione del principio di legalità".

invece, le linee guida si riferiscono a norme complete allora si concluderà per la natura non vincolante delle linee guida.

La terza e ultima tesi afferma che le linee guida costituirebbero atti normativi secondari atipici, andrebbero a occupare spazi lasciati da fonti legislative e regolamentari, e sarebbero esercizio di un'attività normativa secondaria *extra ordinem* che è la stessa legge ad autorizzare e che rappresenterebbe fenomeno di delegificazione²⁰¹.

Il Consiglio di Stato ha affermato che le linee guida vincolanti sono atti *“aventi vera e propria natura normativa extra ordinem, viste le non poche perplessità che esse suscitano da un punto di vista sistematico ed ordinamentale, soprattutto in assenza di un fondamento chiaro per un'innovazione così diretta del nostro sistema delle fonti”*; a tale proposito, occorre combinare la valenza generale di questi atti con la natura del soggetto emanante. Per questa ragione, sono state definite come *“atti di regolazione delle Autorità indipendenti che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, di regolazione”*. Il pregio della ricostruzione effettuata dal Consiglio di Stato è di riportare le linee guida a sistema, nel senso che, al fine dell'entrata in vigore, esse devono rispettare garanzie procedurali e garanzie per la qualità della regolazione, come sottoporre le delibere a una preventiva fase di consultazione con obbligo di dotarsi di strumenti per la buona regolazione come l'AIR e la VIR²⁰², come è stato fatto di recente.

La prima e immediata critica che può essere espressa alla ricostruzione è certamente quella secondo cui le linee guida siano sì assimilabili ai regolamenti, visto il carattere di normatività che le caratterizza, ma il procedimento di cui al co. 2 dell'art. 213 non può sanare il *deficit* di democraticità nell'adozione dell'atto tipico del regolamento; tanto che, quasi a volere sopperire a tale mancanza, pur non essendone obbligata l'ANAC ha sottoposto lo schema di linee guida al parere del Consiglio di Stato²⁰³.

²⁰¹ G. DE MAURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Giappichelli, 1995. Secondo la ricostruzione in esame, come precisato da M. DELLE FOGLIE, *op.cit.*: *“L'attività normativa secondaria dell'ANAC sarebbe dunque legittimata dall'arretramento del potere legislativo e regolamentare, potere che il Parlamento stesso, e lo stesso Governo, hanno scelto di “autolimitare” nell'interesse generale”. In una democrazia ad impianto pluralista come la nostra, dove la sovranità popolare non comporta il conferimento in via preferenziale della potestà normativa al corpo elettorale, non si può escludere che si abbia un'alternativa di competenze tra organi dotati di diverso grado di rappresentatività. L'impostazione tradizionale, secondo cui i poteri normativi possono (e devono) essere attribuiti ai soggetti dotati di più ampia rappresentatività e legittimazione democratica (Parlamento, Governo, Consigli Regionali), nei fatti parrebbe ormai superata nella sua assolutezza. La legislazione italiana, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, è venuta con riguardando un “policentrismo normativo” collegato ad una sempre più vasta distribuzione delle funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti, anche al di fuori del circuito della legittimazione democratica e della responsabilità politica”*.

²⁰² Apprezzabile la ricostruzione posta che alcune problematiche applicative così sarebbero superate R. DE NICTOLIS, *Il Nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica ed appalti*, 2016, fasc. 5, p. 512.

²⁰³ Di non poco spessore le occasioni in cui è accaduto. Le linee guida dell'ANAC, secondo una buona prassi collaborativa e al di fuori di un obbligo legale, sono sottoposte all'attività consultiva del Consiglio di Stato. Invero, in diverse occasioni l'Autorità anticorruzione – pur non essendovi obbligata – ha chiesto al Consiglio di Stato di

Assimilare le linee guida vincolanti ai regolamenti comporta altre conseguenze anche sul piano penalistico. Per alcuni autori, se così fosse la violazione delle linee guida potrebbe rientrare nell'alveo di applicabilità del reato di abuso d'ufficio²⁰⁴ che, come noto, punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, procura intenzionalmente a sé o altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, ossia arreca ad altri un danno ingiusto in violazione di norme di legge o di "regolamento", omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di prossimo congiunto o negli altri casi prescritti. L'assunto, per parte della dottrina, troverebbe fondamento nell'esistenza di caratteristiche delle linee guida che sono pur sempre di generalità, astrattezza e innovatività, e ricoprono il posto lasciato dal regolamento di esecuzione²⁰⁵. Quanto al procedimento di adozione delle linee

esercitare le proprie funzioni consultive in relazione alle linee guida dalla stessa elaborate: parere sull'aggiornamento delle linee guida n. 1, di attuazione del d.lgs. 50/2016, recanti «*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*» (Cons. St., comm. spec., 22 dicembre 2017, n. 2698); parere sulle Linee guida ANAC relative a criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici (Cons. St., comm. spec., 19 ottobre 2017, n. 2163); parere sulle Linee guida ANAC che aggiornano le precedenti Linee guida di nomina, ruolo e compiti del Responsabile unico del procedimento (Cons. St., comm. spec., 25 settembre 2017, n. 2040); parere sulle Linee guida ANAC per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, previsto dall'art. 192, d.lgs. 50 del 2016 (Cons. St., comm. spec., 5 settembre 2017, n. 1940); parere sulle Linee guida dell'ANAC relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili (Cons. St., comm. spec., 19 luglio 2017, n. 1708); parere sullo schema di linee guida ANAC recanti «*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*» (Cons. St., comm. spec., 29 marzo 2017, n. 775); parere sulle «*Linee guida per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016*» (Cons. St., comm. spec., 1 febbraio 2017, n. 282); parere sulle Linee guida redatte dall'ANAC sulla «*indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice*» (Cons. St., comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2286); parere sulle Linee guida ANAC relative a «*Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici*» (Cons. St., comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1919); parere sulle Linee guida ANAC in materia di «*procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*» (Cons. St., comm. spec., 13 settembre 2016, n. 1903).

²⁰⁴ V. NERI, *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione*, in *Urbanistica ed appalti*, fasc. 2, 6 marzo 2018, p. 145.

²⁰⁵ L'affermazione in via pretoria di un criterio di natura sostanziale ai fini della qualificazione di un determinato atto come "regolamento" si spiega anche in ragione della necessità di contrastare il diffuso fenomeno della c.d. "fuga dal regolamento". Come è noto, in via generale, con tale espressione si suole fare riferimento alla prassi dell'esecutivo di esercitare poteri di natura sostanzialmente normativa, senza tuttavia rispettare la formale procedura di adozione del regolamento prevista dalla legge, ricorrendo così all'adozione di "atti normativi secondari atipici". La questione della "fuga dal regolamento" è stata affrontata dalla sopra citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 9/2012: «*Nonostante la crescente diffusione di quel fenomeno efficacemente descritto in termini di "fuga dal regolamento" (che si manifesta, talvolta anche in base ad esplicite indicazioni legislative, tramite l'adozione di atti normativi secondari che si auto qualificano in termini non regolamentari) deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti "atipici", di natura non regolamentare, specie laddove la norma che attribuisce il potere normativo nulla disponga in ordine alla possibilità di utilizzare moduli alternativi e diversi rispetto a quello regolamentare tipizzato dall'art. 17 legge n. 400/1988*». In particolare, è possibile distinguere due tipologie di "fuga dal regolamento": l'una "spontanea" e l'altra "autorizzata". La prima non è prevista dalla legge ed è diretta ad aggirare i tempi e gli oneri procedurali richiesti per la formazione del regolamento (quali il parere preventivo

guida, seppur differente rispetto a quello dell'art. 17 della legge n. 400/88, esso garantisce pur sempre diversi principi, tra cui quello di pubblicità, e il mantenimento delle garanzie connesse di ordine sostanziale. Ciò conduce alla conclusione secondo cui le linee guida vincolanti non sarebbero inquadrabili negli atti di regolazione delle AI quanto piuttosto nei regolamenti.

Anche relativamente alle linee guida non vincolanti, si sono susseguite in dottrina alcune tesi diverse.

Secondo una tesi esse sarebbero circolari²⁰⁶. Tuttavia, come noto le circolari sono atti di autorità superiore che stabiliscono in via generale e astratta regole di condotta di autorità inferiori nel disbrigo degli affari d'ufficio. Nel caso specifico, tale caratteristica risulterebbe essere assente in quanto, ovviamente, non vi è né vincolo di subordinazione tra ANAC e le stazioni appaltanti, né appartenenza allo stesso plesso amministrativo-organizzativo. Oltre alle circolari, vi sono le cosiddette direttive intersoggettive che indicano “*fini e obiettivi da raggiungere, criteri di massima, mezzi per raggiungere i fini*”²⁰⁷, lasciando ai destinatari anche la possibilità di discostarsene per ragioni che devono essere espresse nella motivazione. Tuttavia, per quanto attiene le linee guida non vincolanti, anche in questo caso sembra non poter rientrare nella categoria: esse sono infatti direttive volte a suggerire veri e propri modelli uniformi di interpretazione e applicazione delle norme, oltre che modelli uniformi di atti amministrativi. Da questo punto di vista apparirebbero più simili alle *best practices* che, se disattese, possono essere sintomo di vizio di eccesso di potere, senza determinare il vizio di legittimità dell'atto per violazione di legge.

Per questo, una parte della dottrina, affermando una seconda e diversa tesi, ritiene che le linee guida non vincolanti siano “*produttive di effetti giuridici se non altro perché costituiscono parametri di legittimità dei provvedimenti consequenziali salvo naturalmente che vi siano i presupposti per non osservare il parametro stesso*”²⁰⁸.

5. Considerazioni di ordine sistemico: una nuova forma di fuga dal regolamento?.

Le ipotesi di qualificazione delle linee guida nell'ambito del sistema delle fonti del diritto riporta nuovamente in luce il dibattito sul fenomeno oramai noto della “*fuga dal*

obbligatorio del Consiglio di Stato, il visto e la registrazione della Corte dei Conti, la pubblicazione in G.U., l'obbligo di comunicazione al Presidente del Consiglio per i regolamenti ministeriali). La seconda, invece, si è sviluppata in seguito alla riforma del titolo V della Costituzione avvenuta con l. cost. n. 3/2001 ed è “permessa” dal legislatore al fine di aggirare la riserva regolamentare regionale ex art. 117, comma 6 Cost., mediante l'adozione di atti normativi secondari che si auto qualificano come non regolamentari.

²⁰⁶ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it. Le linee guida non vincolanti sono “da valersi quali atti amministrativi generali al pari di circolari contenenti istruzioni operative sull'applicazione della normativa di riferimento”.

²⁰⁷ M. CLARICH, *op.cit.*

²⁰⁸ Sempre M. MORBIDELLI, *op.cit.*

*regolamento*²⁰⁹, che consiste nelle più diverse deviazioni dal modello procedimentale tipico dei regolamenti governativi e ministeriali, per come disciplinati dall'art. 17 della l. 400/1988. In effetti, la riforma del codice degli appalti testimonia una sorta di impossibilità di regolare all'interno di rigidi confini e nelle forme tipiche di produzione del diritto. D'altronde, come sostenuto da autorevole dottrina, le *"impellenti e ineludibili pressioni del mondo del mercato e della finanza, in particolare, hanno prodotto una vera e propria destrutturazione dell'assetto delle fonti, per come disegnato dalla Costituzione repubblicana, mediante forzature degli schemi normativi tipici e conosciuti"*²¹⁰.

Il primo passo verso la *crisi della legge*²¹¹ è rappresentato dall'uso smodato e abnorme della decretazione d'urgenza, al fine di soddisfare esigenze di abbreviazione dei tempi e di immediatezza degli interventi. Tuttavia, proprio questo *modus operandi* ha raggiunto in Italia un livello che può essere definito come *"una degenerazione in grado di oscurare principi costituzionali di rilevanza primaria"*²¹², fino a divenire la *"modalità ordinaria attraverso la quale si producono norme primarie nell'ordinamento"*²¹³, espropriando il titolare legittimo della potestà legislativa statale, ossia il Parlamento.

La riforma appalti, più che testimoniare la crisi della fonte di rango primario, rappresenta quella più profonda della crisi sulla normazione secondaria, in quanto sembra sempre sia necessario utilizzare maggiormente procedimenti più agili e flessibili, con diminuzione di garanzie procedurali e conoscitive, e proporzionale vantaggio nella maggiore rapidità (almeno astrattamente) di elaborazione della disciplina. L'esigenza di celerità nella materia appalti si cala, nella pratica, nel perseguimento più rapido dell'interesse pubblico e della buona riuscita delle transazioni economiche.

Dunque, al fine di comprendere quanto le linee guida si discostino effettivamente rispetto allo schema tipico occorre qui sintetizzarne brevemente i tratti tipici.

Come noto, l'esercizio del potere regolamentare è disciplinato dal combinato disposto degli artt. 117, sesto comma, della Costituzione e 17 della legge n. 400 del 1988 recante *"Disciplina dell'attività di governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri"*, che regola

²⁰⁹ Un autore tra gli altri B. TOGNOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto Amm.*, 2-3/2015, p.389; U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'articolo 17 della legge n. 400/1988)*, in *Scritti per Mario Nigro. Lo Stato e amministrazione*, Milano, 1991, 279 ss.

²¹⁰ R. BIN, *Soft law, no law, op.cit.*

²¹¹ Il tema è stato trattato ampiamenti nel corso degli anni da molti autori di dottrina tra cui CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. Dir. Pubblico*, 1930; CIAURRO - G.F., *La crisi della legge*, in *Rass. Parlamentare*, 1989.

²¹² Corte Cost. sent. 360/1996, punto 8 in diritto.

²¹³ CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, 1997, p. 121. Cfr. Per una riflessione completa F. MODUGNO, *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 della Corte Costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 1, 11 luglio 2014.

sia il titolo di competenza che le modalità formali di adozione degli atti. A questi si aggiunga l'art. 3 delle Preleggi che dispone “*il potere regolamentare di altre autorità è esercitato nei limiti delle rispettive competenze, in conformità alle leggi particolari*”, mentre il successivo articolo prevede che “*i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi*” mentre, “*i regolamenti di altre autorità non possono nemmeno dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo*”. L' art.17 della legge n. 400 del 1988, invece, disciplina l'emanazione dei regolamenti preceduta da quella del parere del Consiglio di Stato, dalla registrazione della Corte dei conti e dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, oltre che, dove previsto, dal previo parere delle Commissioni parlamentari e delle Conferenze. Siffatti articoli stabiliscono una regola generale, disciplinando una micro gerarchia all'interno della potestà regolamentare, considerate le numerose autorità che possono emanare gli atti in oggetto e gli stessi svariati contenuti che tali regolamenti possono assumere.

La dottrina che si è occupata delle fonti sulla produzione dei regolamenti sostiene che lo schema tipico dell'art. 17 non può considerarsi l'unico applicabile: infatti, ogni qualvolta una legge autorizzi un atto secondario ad adottare una disciplina regolamentare, l'atto stesso sarebbe legittimo, sebbene con forme e modalità diverse da quelle sancite dalla disposizione.

Proprio per questo, per la sua “*inettitudine a vincolare il legislatore successivo a utilizzare il solo modello regolamentare ivi previsto*”²¹⁴, si è parlato di disposizione “*fragile*” e “*instabile*”²¹⁵. Il rango di fonte di legge primaria della previsione in questione impedisce di riconoscerle qualsiasi capacità di resistenza a disposizioni derogatorie successive di pari rango, nonostante alcuni autorevoli tentativi di assegnarle una forza superiore (il Comitato per la legislazione e alcuni messaggi di rinvio del Capo dello Stato ai sensi dell'art. 74 Cost., nei quali la legge n. 400 viene definita come fonte di natura ordinamentale e, quindi, rafforzata).

Il primo passo intrapreso verso la direzione della “fuga dal regolamento” è stato quello di modificare il *nomen iuris* degli atti emanati in “*decreti di natura non regolamentare*”²¹⁶, cambiamento che è stato subito oggetto di ammonimento da parte della Corte Costituzionale,

²¹⁴ E. CHELI, *La produzione normativa: sviluppo del modello costituzionale e delle linee guida di tendenza attuali*; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*; G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*.

²¹⁵ G. TARLI BARBIERI, *Regolamenti governativi e ministeriali*

²¹⁶ A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro.it*, 1954, IV, 217 ss.) individuati dalla giurisprudenza costituzionale dalle sentenze nn. 278/2010, 275/2011, 111/2012, 88/2014 e 141/2016. Al tema si è altresì dedicato V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto normativo tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Giur. Cost.*, 2011, 1 999; E. ALBANESI, *I decreti del Governo “di natura non regolamentare”*. *Un percorso interpretativo*, in natura non regolamentare che producono effetti normativi, in *Giur. cost.*, 2008, 6, 5075; G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2005; G. TARLI BARBIERI, *Atti regolamentari e atti para regolamentari nel più recente periodo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2000.

la quale ha affermato: *“non possono essere requisiti di carattere formale, quali il nomen iuris e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall’ordinamento, a determinare di per sé l’esclusione dell’atto dalla tipologia regolamentare, giacché, in tal caso, sarebbe agevole eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie, surrettiziamente rivestite di altra forma, laddove ciò non sarebbe consentito”*²¹⁷. Così operando potrebbero infatti infrangersi le garanzie procedimentali di cui all’art. 17 (parere del Consiglio di Stato, registrazione della Corte dei Conti e pubblicazione in Gazzetta ufficiale, e, dove previsto, il parere delle Commissioni parlamentari e delle Conferenze), e il controllo del rispetto delle competenze normative delle Regioni. Si tratta di vera e propria discrasia tra la forma (atti amministrativi generali) e la sostanza (atti normativi). Secondo canoni ormai consolidati, l’atto normativo è caratterizzato dall’attitudine ad applicare il precetto a un numero determinato di soggetti (generalità) e ad un numero indeterminato di situazioni (astrattezza), dall’idoneità a introdurre una norma giuridica nuova, non precisando le modalità di attuazione di un precetto esistente (innovatività), dalla predisposizione a integrare la fattispecie astratta e infine dalla non eccezionalità e temporaneità dei suoi effetti (in negativo, la non riferibilità del dispositivo a una situazione transitoria, speciale o particolare).

La giurisprudenza ha più volte avuto modo di chiarire che il discrimine tra le due categorie di atti non risiede tanto in un fatto nominalistico, quanto nella presenza o meno dei caratteri della normatività (generalità, astrattezza, capacità di integrare la fattispecie normativa).

Non è sufficiente, quindi, affidarsi a canoni formalistici in quanto condurrebbero a esiti paradossali per la tenuta del sistema delle fonti.

Dunque, parte della dottrina ha sostenuto che l’emanazione di atti di natura non regolamentare non fossero espressione di una crisi del regolamento di per sé, bensì nuovamente della fonte legislativa primaria a discapito del principio di legalità e della certezza del sistema delle fonti²¹⁸.

La prospettiva da cui queste critiche scaturiscono è che l’effettiva tenuta di un sistema si misura sul mantenimento di un ordine nei processi di produzione giuridica, indipendentemente dall’etichetta data agli atti, che in ogni caso conduce a una “forzatura del sistema delle fonti”²¹⁹ e perdita di senso del principio di separazione dei poteri.

²¹⁷ Consiglio di Stato, parere 20 dicembre 2002, n. 3608. Ne è un esempio il decreto del Ministro dell’Economia e delle Finanze, di concerto con il Ministro delle politiche agricole e forestali e con il Ministro delle attività produttive disciplinati interventi nel settore agro energetico.

²¹⁸ A. M. SANDULLI, *L’attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970.

²¹⁹ A. MOSCARINI, *Su decreti del governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giur. Cost.*, 2008, 5075 ss.

In questo contesto di etichette e contenuti, assume un ruolo decisivo il formante giurisprudenziale che, per antonomasia, al fine di dichiararne la legittimità o meno rispetto a parametri di sistema, analizza le caratteristiche sostanziali degli atti, che ovviamente forniscono un'interpretazione che non si ferma al solo *nomen*.

Tornando ora alla *soft law* è chiaro che dinnanzi a tante incertezze nella qualificazione ciò su cui non si discute è che teoricamente l'adesione ai precetti in esse contenuti dovrebbe essere rimessa alla volontà dei destinatari delle stesse (per effetto della *moral suasion* o *dissuasion* operata dalle autorità indipendenti)²²⁰. Nel caso di specie sono invece state previste per sostituire un regolamento unico di attuazione del codice appalti, e per prevedere diritti e obblighi in capo ai destinatari. In questo caso, la dichiarata esigenza di rapidità nell'attuazione degli atti avviene senza che un'autorità si assuma la responsabilità politica di farlo: come se fosse difficile, tanto da non riporvi fiducia, trovare un equilibrio tra le istanze del mercato di una regolazione flessibile, e la riserva della produzione delle norme giuridiche in capo alle autorità democraticamente legittimate all'introduzione di regole che incidono direttamente nella sfera giuridica dei cittadini (fosse anche per la materia degli appalti).

La ricostruzione effettuata dal Consiglio di Stato, secondo cui gli atti atipici potrebbero essere ricondotti ad atti di regolazione delle autorità indipendenti (in nome pur sempre e comunque del rispetto di alcune garanzie procedurali), potrebbe prestare il fianco ad alcune critiche. Anche a voler concedere che la legittimazione dell'esercizio del potere normativo in capo alle autorità indipendenti come ANAC trovi fondamento nelle disposizioni costituzionali a tutela della libera concorrenza, delle imprese, della parità di trattamento, delle norme contenute nei trattati comunitari, ciò che non può mai venire meno è la *ratio*: l'introduzione di regole tecniche volte a tutelare interessi specifici e renderli estranei al circuito delle logiche governative. Sotto questo profilo, appare chiaro come le linee guida, al contrario, non presentino i caratteri della tecnicità e non intervengano in un mercato che, necessariamente, esige una regolazione autonoma dal Governo.

Si tenga presente che le linee guida che si occupano di definire il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle gare, le regole dell'avvalimento delle SOA (art. 83 e 84 del Codice) se per un verso rivestono quei caratteri di generalità e astrattezza che caratterizzano la produzione normativa regolamentare, certamente non presentano contenuti di particolare tecnicità.

²²⁰ S. MORETTINI, *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie*, in *Osservatorio sull'AIR*.

Non solo, perché, a parere di chi scrive, non tutti gli istituti giuridici che concernono la materia appalti dovrebbero essere scevri dall'esercizio di un potere governativo fondato sui tradizionali circuiti democratici.

Il ruolo del Governo e del Parlamento dovrebbe rimanere centrale nel momento in cui si tratta di introdurre obblighi e doveri frutto di decisioni politiche, essendo le autorità alle quali la Costituzione riconosce rappresentatività della collettività. Nel caso di specie, è evidente che non può pretendersi questo, eppure dovrebbe invece pur sempre rispettarsi la regola della necessaria responsabilità politica nell'adozione di decisioni normative (si pensi al regime SOA che finisce per limitare o condizionare l'accesso al mercato degli appalti pubblici e lo stesso esercizio di libertà di impresa). Autorevole dottrina è estremamente critica sul punto, affermando che, quanto meno, le linee guida che incidono sui diritti e sugli obblighi dovrebbero ricondursi a decreti ministeriali o a regolamenti²²¹, lasciando invece coerentemente spazio a linee guida per supportare e fornire accompagnamento alle stazioni appaltanti, per un'utile attuazione della normativa primaria e secondaria di riferimento. Così, se ricondotte entro questi limiti, le linee guida potrebbero costituire un valido e duttile strumento di lavoro per le stazioni appaltanti senza introdurre, allo stesso tempo, elementi di incertezza in ordine alla loro effettiva cogenza, rendendo ancora più complicata la conoscibilità delle regole. L'espressione utilizzata da un magistrato del Consiglio di Stato rende bene l'idea della preoccupazione che dovrebbe diventare monito: *“si auspica di scongiurare che la tecnocrazia si sostituisca alla democrazia e la competenza alla politica nella regolazione generale e astratta dei rapporti giuridici”*²²².

²²¹ Vale la pena citare l'espressione *“deregolazione globalizzata”* usata da C. DEODATO nel suo utile contributo da cui sono stati tratti importanti spunti di studio e riflessione, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?* del 28 aprile 2016 per affermare che *“in essa finiscono per prevalere le posizioni più strutturate e per soccombere quelle più fragili, nell'assenza di quella mediazione di interessi che è propria della politica e che la tecnica (per definizione) ignora (e deve continuare a ignorare).”*

²²² C. DEODATO, *op.cit.*

CAPITOLO IV

IL RUOLO DELLA MAGISTRATURA AMMINISTRATIVA NELL'INTERPRETAZIONE DELLA RIFORMA E DI QUELLA CONTABILE A PRESIDIO DELLA LEGALITÀ

SOMMARIO: 1. La centralità della funzione consultiva del Consiglio di Stato nella riforma appalti 2. Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida ANAC alla volta dell'interpretazione della riforma degli appalti; 3. Il ruolo della magistratura contabile a presidio della legalità 3.1. I controlli della Corte dei conti: banco di prova di tenuta per il sistema della prevenzione della corruzione 3.2. Forme di collaborazione tra Corte dei conti ed ANAC nella lotta contro la corruzione e rafforzamento del controllo della Corte dei conti nei contratti secretati; 4 La Corte dei conti come Istituto garante della trasparenza.

Il contrasto della corruzione non può che attuarsi attraverso un'azione coordinata non solo da parte del legislatore e autorità indipendenti ma anche delle magistrature, sia amministrativa, che ordinaria che contabile, la cui attività è posta a presidio della legalità nei diversi settori di esercizio della propria funzione.

La politica di prevenzione della corruzione vede l'intreccio di funzioni consultive, collaborative, di controllo, di vigilanza e giudicanti esercitate dalle autorità sopra richiamate, di cui si tratterà in questo capitolo.

1. La centralità della funzione consultiva del Consiglio di Stato nella riforma appalti.

Le funzioni consultive e giurisdizionali del giudice amministrativo sono volte a realizzare la giustizia nell'amministrazione. Le prime sono, infatti, svolte “*nell'interesse pubblico*” e non “*nell'interesse della pubblica amministrazione*”, perseguendo così il medesimo scopo di garanzia della legittimità dell'agire dell'amministrazione che il Giudice promuove rispondendo alle istanze dei cittadini che ritengono illegittimi comportamenti o atti emanati dalla pubblica amministrazione²²³.

Si è assistito, in fase di prima attuazione della riforma del codice appalti, a una vera e propria operazione di rilancio della funzione consultiva del Consiglio di Stato, sia per pareri sugli atti normativi, sia per quelli aventi per oggetto quesiti attinenti alla riforma della pubblica amministrazione e dei contratti pubblici, dimostrando rinnovata utilità, sia, infine, nell'interpretazione del sistema delle fonti, in continuo cambiamento.

²²³ L. TORCHIA, *Funzione consultiva e funzione normativa: Il Consiglio di Stato e le riforme*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2016. Sul punto parere Sez. norm., 24 febbraio 2016, n. 515, sul decreto “trasparenza”). Si veda la relazione di Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 del Presidente Alessandro Pajno reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

In due anni si sono tenute 63 commissioni speciali relative all'attuazione della legge n. 124 del 2015 (cd. legge Madia) e della riforma dei contratti pubblici²²⁴, che hanno visto l'abbinamento delle competenze della Sezione di controllo sugli atti normativi del Consiglio di Stato e delle esperienze provenienti dai magistrati assegnati alle funzioni giurisdizionali. Di notevole rilievo alcune innovazioni anche nel metodo di cui non è possibile non fare menzione: l'apertura ai contributi degli *stakeholders* (che hanno apportato nuovi e costruttivi elementi di valutazione); un più intenso utilizzo dello strumento dell'audizione della pubblica amministrazione proponente, che ha consentito una più approfondita comprensione delle difficoltà di applicazione della normativa; la trasmissione e la pubblicazione, quasi in tempo reale, di un *abstract* del parere con i contenuti più salienti²²⁵.

Si è assistito a un nuovo modo di intendere le riforme: seppur ben confezionate, in assenza di un'attenta opera di autorevole interpretazione, da un punto di vista giuridico rischiano di rimanere lettera morta nel momento in cui difetta l'effettiva comprensione degli istituti, permanendo prassi amministrative conservative e non rinvenendo un monitoraggio sull'applicazione delle disposizioni al fine di enuclearne *best practise*.

In generale, grande rilevanza è stata attribuita al concetto di “*manutenzione della riforma*” con particolare attenzione rivolta all'attuazione, alla fattibilità, all'analisi e alla verifica dell'impatto della riforma sotto il profilo “*della loro utilità in concreto*” e non solo della “*conformità in concreto*” alle fonti sovraordinate²²⁶.

Sebbene la funzione consultiva del Consiglio di Stato sia stata centrale nell'attuazione di precedenti riforme della pubblica amministrazione²²⁷, non può non notarsi come nell'ambito delle più recenti e profonde riforme amministrative essa stia assumendo nuove connotazioni, non prive di rilevanza nel sistema giuridico, così caratterizzato da delegificazioni e cambiamenti radicali nell'impianto delle fonti.

In tale contesto si è assistito a un ampio ricorso all'utilizzo della richiesta facoltativa di parere su atti normativi o di regolazione da parte di ANAC.

²²⁴ Nel 2016 vi sono state 28 commissioni speciali: 17 sulla l. 124 del 2015 e 11 in materia di contratti pubblici.

²²⁵ Relazione del Presidente del Consiglio di Stato, Alessandro Pajno, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

²²⁶ Si è sul punto assistito alla disamina, da parte del Consiglio di Stato, del mancato utilizzo di tutti gli strumenti di qualità della regolazione, spesso di derivazione internazionale, al fine di indirizzare le amministrazioni a un ricorso più virtuoso a tali strumenti.

²²⁷ Basti pensare al ruolo che nei primi anni '90 i pareri del Consiglio di Stato hanno avuto nel superamento delle iniziali alla legge n. 241 da parte delle amministrazioni (ad esempio, sul termine e sul responsabile del procedimento, o in materia di accesso), o nel rilanciare la funzione di “codificazione di settore” ai sensi della legge n. 229 del 2003.

Si tratta, come noto, di parere non obbligatorio richiesto in una logica di collaborazione istituzionale, a testimonianza di come il Consiglio di Stato svolga le sue funzioni consultive quale organo investito dallo Stato-ordinamento e non dallo Stato-apparato e, come tale, è il destinatario di richieste di pareri non soltanto dal Governo, ma anche dal Parlamento, dalle Regioni e da varie *Authorities* (componenti dello Stato comunità).

Come chiarito nella relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 del Consiglio di Stato, si rinviene in ciò *“la conferma di un'evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all'art.100 della Costituzione confermando il ruolo del Consiglio di Stato come un advisory board delle Istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato”*.

Si è assistito all'evoluzione del contenuto stesso dei pareri resi, in direzione di una loro maggiore incisività sul piano sostanziale, tanto da entrare a far parte del processo decisionale della funzione normativa.

Proprio con specifico riguardo alla riforma appalti, la funzione consultiva è stata esercitata dal Consiglio di Stato andando oltre la tradizionale analisi limitata alla legittimità degli atti di natura regolamentare, sospingendosi fino a pronunce che hanno riguardato lo stesso contenuto dell'atto sottoposto a parere, per valutarne l'impatto normativo nel sistema.

In altre parole, il Consiglio di Stato procede alla verifica della cosiddetta legalità sostanziale, valutando elementi collegati al risultato delle scelte decisionali e al buon funzionamento della pubblica amministrazione, dell'efficacia e dell'efficienza amministrativa; ossia, l'opportunità della scelta rispetto al perseguimento del pubblico interesse. In altre parole, la concreta fattibilità della riforma è considerata una condizione sostanziale della sua legittimità.

Lo svolgimento della funzione consultiva, nel contesto sopra delineato, conduce a estendere l'apporto del Consiglio di Stato ben al di là di un mero raffronto tra dati estrinseci e di verifica di legittimità formale, mutando finanche il ruolo del giudice amministrativo che, in tale nuova dimensione, entra a far parte della *“rete di soggetti regolatori in cui è difficile nella pratica anche distinguere tra organismi tecnici di supporto e soggetti politici che decidono, stante l'esistenza di centri di decisione di produzione svincolati dal circuito tradizionale della rappresentanza politica..”*²²⁸.

²²⁸ Tra i soggetti che compongono la rete possono farsi rientrare le Commissioni parlamentari nel processo di produzione normativa del Governo, il ruolo per il Comitato per la legislazione della Camera dei deputati, la Commissione affari costituzionali del Senato.

Nella nuova concezione sopra delineata, l'opera di interpretazione sistematica del Consiglio di Stato sugli schemi di decreti delegati di attuazione delle leggi nn. 124/2015²²⁹ e 11/2016 ha avuto, quale effetto indiretto ulteriore rispetto al potenziamento della funzione consultiva, anche quello di anticipare quella nomofilattica in sede giurisdizionale, tradizionalmente svolta dallo stesso organo di giustizia amministrativa.

Con una semplificazione nell'opera di interpretazione e di applicazione normativa, i pareri resi in funzione consultiva sulle sopra richiamate norme sono stati concepiti come strumenti chiaramente volti a deflazionare il contenzioso e a semplificare il compito stesso del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale²³⁰.

Il Consiglio di Stato nella descritta evoluzione si è spinto oltre il proprio tradizionale processo decisionale, giungendo a rettificare finanche espressioni linguistiche e formulazioni normative ritenute incongruenti, per fornire un contributo di rilievo anche sotto il profilo della qualità della normazione. Si è assistito quindi ad analisi della comprensibilità, della chiarezza delle espressioni utilizzate dal legislatore delegato e dalla stessa ANAC, della loro coerenza rispetto agli orientamenti consolidati della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, con la finalità di prevenire possibili problemi applicativi. La funzione del Consiglio di Stato, in un orizzonte di ampio respiro, è stata quindi esercitata proprio nell'ottica di garantire un potenziamento dell'analisi dell'impatto della regolazione e una maggiore ordinata attuazione e applicazione della riforma.

Nell'ampia cornice in cui sono collocate, le funzioni consultive forniscono un sostanziale sostegno all'implementazione complessiva della riforma, quale progetto istituzionale concepito non come sommatoria di singoli provvedimenti ma come riforma di sistema, fattivamente sostenuta dal contributo del Giudice amministrativo, in un'ottica di rinnovata collaborazione istituzionale.

Radicalmente mutato appare quindi il ruolo svolto dal Giudice amministrativo che, nell'ambito del sistema di fonti anche flessibili di regolazione, non si limita a garantire monitoraggio e piana applicazione, ma opera con una continuativa attività di adattamento degli strumenti (come detto flessibili), suggerendo, come nei riguardi delle linee guida, nuovi paradigmi interpretativi volti alla funzionalità dell'esercizio della funzione amministrativa.

²²⁹ Parere n 1640 del 13 luglio 2016 che, relativamente ai nuovi istituti enucleati dalla Legge Madia, ha esaminato e risolto diverse questioni attinenti al nuovo istituto del silenzio-assenso fra amministrazioni di cui all'art. 17-bis della legge n. 124/2015, fornendo così un contributo significativo nella ostruzione di una semplificazione procedimentale.

²³⁰ A. PAJNO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 3-4, 1 agosto 2017, n 549.

2. Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida alla volta dell'interpretazione della riforma degli appalti.

L'esercizio della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo, attraverso il sindacato di legittimità sugli atti (in particolare riguardanti le procedure di appalto), costituisce ulteriore determinante fattore nell'opera di interpretazione degli atti di attuazione della riforma appalti. Anche con riguardo all'interpretazione delle linee guida ANAC, torna di attualità il dibattito dottrinale riguardante la dicotomia tra controllo forte e debole (tradizionalmente rivolto agli atti delle autorità amministrative indipendenti) e sul sindacato intrinseco ed estrinseco (avuto riguardo ad atti caratterizzati, in particolare, dalla discrezionalità tecnica). Riflessioni che originano dalla complessità della conformazione della norma attributiva del potere.

Le norme del d.lgs. 50/2016, che contemplano l'attuazione o l'integrazione della propria disciplina da parte di atti di regolazione flessibile, risultano strutturate secondo una tecnica di legiferazione del tutto singolare, che non permette l'enucleazione di paradigmi univoci e universali²³¹.

Per esempio, come visto, in alcuni casi sono stati indicati contenuti, criteri e finalità (art. 83, co. 2 del Codice), in altri è stato precisato solo l'obiettivo (art. 80, co. 13), in altre norme si rinviene esclusivamente una delega in bianco (art. 31, co. 5), priva, cioè, dell'indicazione sia dello scopo sia dei principi alla cui stregua dev'essere declinata la regolazione secondaria.

L'attuazione degli istituti giuridici prevista con linee guida non vincolanti, invece, è concepita in forza di una disposizione generale attributiva del potere di regolazione flessibile e non cogente (art. 213, co. 2), costruita come disposizione devolutiva all'ANAC di una competenza atipica e innominata all'adozione e alla diramazione di istruzioni operative, giustificate dal perseguimento degli obiettivi di efficientamento codificati nella norma generale.

Dunque, ogni singola disposizione prevede uno spazio differente entro cui può essere esercitata la discrezionalità amministrativa da parte della pubblica amministrazione; ciò a seconda che si debba osservare esclusivamente il precetto contenuto nella norma di rango primario ovvero se a quello si aggiungano ulteriori prescrizioni contenute nell'atto di regolazione flessibile (salvo non si tratti di mera indicazione orientativa da cui potersi discostare).

Il sindacato del giudice amministrativo è volto ad assicurare ai cittadini una protezione, non formale o apparente bensì effettiva²³², del loro interesse all'uso corretto delle potestà pubbliche.

²³¹ Per una ricostruzione inerente al dibattito in parola si veda F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, Giuffrè, 2005.

²³² In generale, sull'effettività: G. ABBAMONTE, *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 Cost.*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996.; G. GALVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1988, p. 420; Tra i contributi più recenti, successivi al c.p.a.: G. MARI, *La giurisdizione amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo*, (a cura di) M.A. SANDULLI, vol. I,

Esso verte, dunque, sulla correttezza della valutazione effettuata dalla pubblica amministrazione. Il giudice amministrativo può pronunciarsi sulla legittimità tanto delle linee guida non vincolanti quanto di quelle vincolanti.

Per quanto concerne le linee guida non vincolanti, la presenza di formule lessicali inidonee a esplicitare la regola di azione potrebbe costituire di per sé un vizio di legittimità dell'atto: per esempio di violazione della disposizione legislativa primaria, se ne precludano la compiuta ed efficace operatività. Relativamente al sindacato sulle linee guida non vincolanti, occorre inoltre distinguere tra quelle che contengono istruzioni operative indirizzate alle stazioni appaltanti, con il fine di ottimizzare le procedure ma senza la formulazione di precetti cogenti, e quelle parti in cui ci si limita a esplicitare l'interpretazione della norma di legge cui accedono e che, dunque, sono prive di qualsivoglia efficacia giuridica esterna.

Nel primo caso, laddove le stazioni intendano discostarsene, devono motivare l'eventuale (e possibile) disapplicazione dell'istruzione, esponendo, altrimenti, la sua inosservanza al giudizio di illegittimità per eccesso di potere; nel secondo caso, invece, le linee guida devono intendersi del tutto prive di qualsivoglia efficacia giuridica esterna.

In sostanza, ai fini dello scrutinio delle linee guida non vincolanti occorre tenere presente una distinzione: se reca una regola di azione, seppur mite dell'istruzione operativa, dovrà intendersi produttiva di effetti giuridici rilevanti; se, invece, si limita all'esplicitazione del significato della norma primaria, dovrà ritenersi priva di vincolatività esterna. Quelle che contengono una regola dovranno allora essere impugnate, quale atto produttivo di effetto giuridico lesivo, nel caso l'operatore economico che intenda contestare le linee guida, quale atto presupposto di quello applicativo a esse conforme, voglia provocare l'accertamento della loro illegittimità e la conseguente rimozione dal mondo giuridico. Come potrebbero essere impugnate, in via incidentale, anche dal soggetto controinteressato, in un ricorso proposto contro l'atto applicativo che si è da esse discostato e che ha interesse all'annullamento delle presupposte linee guida, al fine di escludere l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento (a lui favorevole) che le ha disattese.

Le linee guida non vincolanti possono essere impugnate nei limiti della valutazione sulla correttezza dell'esercizio del potere da parte di ANAC, che è legittimo solo nei limiti in cui si riferisce alla "promozione dell'efficienza" e allo "sviluppo delle migliori pratiche"; solo entro

Milano, Giuffrè, p. 61 ss. e ivi, A.G. PIETROSANTI, *I principi generali del processo amministrativo*, p. 111 ss.; M.A. SANDULLI, *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *Dir. e Soc.* 2016; ID., *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa (dall'unificazione al Codice)*, in www.federalismi.it, 2015, 18. L'applicazione del principio di effettività della tutela al giudizio amministrativo è affermata, *ex plurimis*, da Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266.

questi binari può essere correttamente esercitato il sindacato. La previsione risulterebbe illegittima nel caso in cui, al contrario, dovesse rivelarsi produttiva di difficoltà applicative che, lungi dal promuoverne l'efficienza, la rallentano e ostacolano. Potrebbe ravvisarsi un ulteriore vizio delle linee guida non vincolanti, nel caso in cui la regola d'azione risulti priva, a monte, di una norma di legge che ne autorizzi lo espletamento.

Nel caso delle linee guida non vincolanti, sovviene, dunque, la categoria della "invalidità", definita come "eccesso di potere", ossia come deviazione dalla fisiologica preordinazione dell'attività provvedimentale alla cura dell'interesse pubblico, che costituisce la causa dell'attribuzione della potestà esercitata. Per quanto concerne le linee guida non vincolanti, il giudice amministrativo ha affermato che si tratta di strumenti, il cui regime giuridico è "*sulla falsariga di quello delle circolari amministrative*" con cui l'ANAC fornisce ai soggetti interessati indicazioni sul corretto modo di adempiere agli obblighi previsti dalla normativa, e sull'adempimento dei quali la stessa autorità esercita poteri di vigilanza.

Con riguardo alla violazione delle linee guida non vincolanti, può farsi ricorso alla elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari. Dunque, "*esse possono essere oggetto di impugnazione avanti al g.a. solo unitamente all'atto specifico che, in applicazione di tale indirizzo ove recepito, incida in maniera puntuale sulla posizione giuridica del destinatario. Esse possono essere lesive solo nel momento dell'applicazione "in concreto" di tali provvedimenti, attraverso l'adozione di sanzioni e di altri provvedimenti analoghi*"²³³.

Per quanto concerne le linee guida vincolanti, saranno inficiate da violazione di legge, laddove contengano prescrizioni non previste da una fonte di rango primario che affidi il relativo potere di emanazione in capo ad ANAC.

Tra i più recenti arresti giurisprudenziali, i motivi addotti dal ricorrente a sostegno del ricorso presentato contro atti e provvedimenti di stazioni appaltanti hanno per oggetto la violazione, o inesatta applicazione, non più solo della disposizione codicistica ma anche del "*paragrafo*" o del "*riferimento alla conformità o meno degli atti o delle decisioni della stazione appaltante al contenuto delle linee guida*". Sembra pacifico che le disposizioni contenute nelle linee guida possano essere assunte a parametro di legittimità dell'azione amministrativa delle stazioni appaltanti, come nel caso dei "punti" 4.1.5, 4.2.1. e 4.2.3 delle linee guida emanate in attuazione

²³³ Così TAR Lazio, sentenza 14 febbraio 2018, n. 1735. Trattasi delle linee guida sulla trasparenza negli incarichi "*Linee guida recanti indicazioni sull'attuazione dell'art. 14 del D. lgs. n. 33/2013 recante "Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali*" il cui regime giuridico è sulla "*falsariga di quello delle circolari amministrative*".

del comma 7 dell'art. 36 sulle modalità di effettuazione del sorteggio negli affidamenti sotto soglia nel rispetto del principio di trasparenza²³⁴.

Talvolta, il giudice amministrativo richiama le linee guida quale parametro normativo, rispetto al quale viene sindacata la legittimità dei provvedimenti attuativi, trovando in esse ulteriori termini di verifica della correttezza dell'azione amministrativa, a integrazione della disposizione codicistica²³⁵ piuttosto che di strumento volto a recepire i portati della giurisprudenza²³⁶.

Le stesse linee guida possono, talvolta, essere ricondotte alla valenza di “*mere circolari interpretative*”, come nel caso dell'interpretazione che dal giudice amministrativo viene data alla linea guida n. 6 recante «*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice*»²³⁷.

A ogni modo, come si è tentato di delineare sinteticamente, l'esercizio del sindacato del giudice amministrativo è uno strumento volto a rivendicare il controllo su atti di espressione di potestà regolatoria di ANAC estranea all'ordinario circuito di rappresentanza democratica, al fine di non sottrarli dal controllo ultimo, che deve pur sempre essere volto al perseguimento degli interessi pubblici sottesi all'attribuzione della potestà regolativa.

3. Il ruolo della magistratura contabile a presidio della legalità.

3.1. I controlli della Corte dei conti: banco di prova di tenuta per il sistema della prevenzione della corruzione.

²³⁴ TAR Basilicata, Sez. I, 22 marzo 2017, n. 252, anche su TAR Lazio Sez. II, 23 febbraio 2017, n. 2761; TAR Lazio, Sez. II – Quater, 14 marzo 2017, n. 3467 reperibili sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

²³⁵ TAR Reggio Calabria, 25 febbraio 2017, n. 166 con cui si è affermato come nel caso della necessaria motivazione in caso di aggiudicazione della gara con il criterio del minor prezzo ai sensi del comma 4 dell'art. 95 del Codice e delle linee guida n. 2 sull'offerta economicamente più vantaggiosa; TAR Liguria, Sez. II, 28 febbraio 2017, n. 144 piuttosto che del compito lasciato alla stazione appaltante di definire i requisiti di idoneità che devono essere posseduti dai componenti del raggruppamento è rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante, che trova “conferma” nell'assenza di altre indicazioni nella disposizione codicistica e nei punti 2.2.3. delle linee guida ANAC n. 1. In tal senso anche TAR Piemonte, Sez. I, 27 marzo 2017, n. 414 reperibile sulla banca dati www.giustizia-amministrativa.it.

²³⁶ Si veda, ad esempio, sulla questione della doppia riparametrizzazione nel caso della valutazione degli elementi qualitativi e quantitativi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; che sarebbe stato recepito il portato, tra gli altri, della pronuncia del Consiglio di Stato sezione V, 27 gennaio 2016, n. 266); si veda in tal senso, tra le altre, TAR Lazio, Sez. III Quater, 3 marzo 2017, n. 3081 reperibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

²³⁷ TAR Sicilia, Sez. IV, 20 novembre 2017, n. 2704 reperibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

La lotta contro la *maladministration* impone una visione rinnovata delle pubbliche amministrazioni, non solo come istituzioni garanti della trasparenza del proprio agire quali “case di vetro”, aperte alla valutazione e al controllo da parte della comunità, ma, oltre tale frontiera, come destinatarie di incisivi controlli, ispirati non solo a parametri di legittimità, ma ancora più in profondità ai principi cardini su cui deve fondarsi l’esercizio dell’azione amministrativa: efficienza, economicità ed efficacia.

Ripercorrendo i principi sottesi alla politica di prevenzione della corruzione, da ritenersi fondamentale è quello della trasparenza, rafforzata e descritta al co. 2 dell’art. 1 del d.lgs. 33/2013 *“come principio di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell’utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino”*.

La trasparenza, che deve caratterizzare l’azione amministrativa, può essere garantita apprestando una complessa rete di strumenti, tra i quali assumono sempre maggior rilevanza i controlli mirati a porre in evidenza, sin dal loro sorgere, i segnali della illegalità e ciò, a maggior ragione, quando all’illegalità formale si associa un pregiudizio patrimoniale che ridondi in danno erariale.

La trasparenza da principio si fa quindi regola, compenetrata nella pianificazione della politica di prevenzione della corruzione in ogni pubblica amministrazione, al fine di rendere sempre più conoscibili e tracciabili le azioni della pubblica amministrazione, e poter valutare quanto queste siano state esercitate nel perseguimento degli obiettivi di efficienza e di efficacia dell’azione amministrativa, che, direttamente o indirettamente, garantiscono altresì la tutela dell’erario.

La prevenzione della corruzione come declinata nel disegno del legislatore nelle riforme, di cui si è dato conto nei capitoli precedenti, ha assunto una pluralità di finalità concomitanti: oltre a creare forme di deterrenza rispetto a condotte illecite *tout court*, sono inclusi strumenti volti a precludere il raggiungimento del risultato economico negativo dell’azione illegale, preventivamente al realizzarsi di un pregiudizio anche patrimoniale per le PA.

In tale ambizioso disegno è stato tradizionalmente osservato come ai controlli interni²³⁸ alle stesse pubbliche amministrazioni debba necessariamente essere abbinata una attività di controllo a opera di autorità esterne, terze e neutrali, a cui affiancare, a valle, un controllo

²³⁸ R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo: controlli interni e attività amministrativa*, 2003.

giurisdizionale, quale *estrema ratio*, nell'opera di contrasto ai fenomeni corruttivi latamente intesi.

Nel primo capitolo si è analizzata l'elaborazione della politica interna di prevenzione della corruzione e i controlli interni sull'efficacia dell'attuazione della stessa, evidenziandone i limiti intrinseci, già rilevati con riguardo a tutte le forme di controllo interno alle PA.

A chiusura della riflessione sul controllo riguardante le misure di prevenzione della corruzione e, più in generale, della *maladministration*, non può non prendersi in esame il ruolo svolto dalla Corte dei conti, quale organo costituzionalmente preposto all'esercizio di una funzione di garanzia della legalità e del buon andamento dell'azione amministrativa, e alla tutela degli equilibri di finanza pubblica sia nell'ambito di attività di controllo (art. 100 Cost.) che di funzioni giurisdizionali, nelle materie di contabilità pubblica (103 Cost.²³⁹). L'istituto riveste quindi, come detto, un ruolo centrale nell'architettura costituzionale, volto alla garanzia di una corretta gestione delle risorse pubbliche.

L'azione della Corte dei conti, oltre a garantire un ruolo fondamentale nella prevenzione e nel contrasto dei fenomeni corruttivi in sinergia con l'azione del giudice penale²⁴⁰, è caratterizzata per lo specifico obiettivo di sradicamento dei fenomeni quali *mala gestio* e sperpero di pubbliche risorse. Recentemente lo stesso Giudice delle Leggi ha avuto modo di qualificare la Corte dei conti come *“custode, appunto, delle risorse pubbliche e garante dell'equilibrio economico-finanziario dell'intero settore pubblico e della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e della economicità”*²⁴¹.

Il Giudice contabile svolge un ruolo pregnante, proprio in riferimento al contrasto alla *maladministration*. Il termine è da intendersi anche come sperpero di risorse pubbliche conseguenti alla mancanza di efficacia dell'azione amministrativa, che si realizza per lo più quando prende il sopravvento il perseguimento di interessi privati rispetto a quelli pubblici, non potendo essere sufficiente un piano di azione a livello legislativo e amministrativo.

Come visto, la politica di prevenzione si è concentrata sulla pianificazione e programmazione delle misure di prevenzione del rischio corruttivo, lasciando alle singole pubbliche

²³⁹ Art. 100 della Costituzione “[...] La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito. La legge assicura l'indipendenza dei due istituti e dei loro componenti di fronte al Governo” e art. 103 “[...] La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge”.

²⁴⁰ In questo campo, come testimonia la quotidiana collaborazione tra Procure della Corte dei conti e Procure della Repubblica, vi è ormai una consolidata e sperimentata collaborazione istituzionale con l'autorità giudiziaria penale, che si sostanzia da tempo in scambi di atti e documenti, ma più di recente anche nel coordinamento investigativo.

²⁴¹ Come elaborato nel corso degli anni dalla Corte costituzionale (Corte cost., sentenze n. 267/2006, n. 64/2005, n. 470/1997, n. 385/1996, n. 244, n. 29/1995).

amministrazioni il compito di adottare modelli, sostanzialmente, di natura gestionale. Il controllo sull'efficacia della pianificazione è rimesso, in prima battuta, al circuito interno dell'ente, salvo i casi in cui la violazione dei piani abbia avuto ricadute esterne, costituite essenzialmente da violazioni più o meno patenti della normativa di riferimento. La tematica dell'efficienza del sistema di prevenzione della corruzione, in cui è compresa l'aspettativa di un legittimo esercizio dell'attività della contrattualistica, intesa come ambito tra i più sensibili al fenomeno corruttivo, non può prescindere dall'analisi dei controlli affidati alla Corte dei conti, quale magistratura speciale a ciò costituzionalmente preposta.

È di tutta evidenza che, affinché il P.T.C.P. non si riduca a mera formula salvifica, occorre che vi sia una forma di coordinamento tra il controllo sull'attuazione della pianificazione, lasciato agli organi interni dell'ente, e quelli che la legge affida alla Corte dei conti, che siano *ex ante*, come l'esercizio del controllo preventivo di legittimità sugli atti, o *ex post*, come le varie forme di controllo di gestione²⁴².

Negli ultimi anni si è assistito a un'accresciuta importanza della funzione del controllo esercitato dalla giurisprudenza contabile, in cui sono ricompresi molteplici aspetti dell'attività amministrativa delle pubbliche amministrazioni, abbracciando il vasto panorama della finanza pubblica nelle componenti della disciplina di bilancio, dei relativi equilibri, dei saldi finanziari e del risanamento degli enti nel quadro della disciplina generale dell'armonizzazione contabile (d. lgs. 23 giugno 2011, n. 118). Il fondamento delle attività di controllo si ritrova nell'art. 100 della Cost., rafforzato nel corso dell'ultimo decennio, e ampliato anche nei confronti degli enti locali a partire dall'emanazione della legge 23 dicembre 2005, n. 266.

Un irrobustimento dei poteri della magistratura contabile si è avuto dall'entrata in vigore del d. l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con l. 7 dicembre 2012, n. 213, che ha introdotto significative competenze rivolte ad atti particolarmente rilevanti delle Regioni a statuto ordinario, come il rendiconto regionale, assoggettato a giudizio di parificazione da parte delle sezioni di controllo.

I rapporti tra la magistratura contabile e le amministrazioni regionali e locali risultano essere caratterizzati dall'esercizio peculiare della funzione consultiva in capo alle sezioni regionali di controllo, introdotta dall'art. 7, co. 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che ha attribuito alla

²⁴² Nella teoria generale il termine controllo ha assunto l'accezione di ricomprendere qualsiasi attività di riesame, verifica, revisione, compiuta da un altro organo sull'attività o sul comportamento di un altro, così da assicurare la regolarità formale e sostanziale dell'attività svolta, a salvaguardia di interessi specifici e generali, nonché il rispetto dei fini istituzionali e dell'esercizio del potere nel rispetto delle sfere di competenza; i riferimenti dottrinali si rinvencono in SANTORO, *I controlli sull'attività della pubblica amministrazione*, Milano, 1992, 10.

Corte dei conti il ruolo di interprete istituzionale delle norme di contabilità pubblica, di rilievo per gli enti territoriali²⁴³.

In questa sede ci si soffermerà solo sulle tipologie di controllo che possono incidere sulla buona riuscita della politica di prevenzione nazionale della corruzione e della *maladministration*.

Tra questi, in primo luogo, il controllo preventivo di legittimità sugli atti.

Il controllo preventivo di legittimità costituisce la “più tradizionale attribuzione della Corte dei conti”²⁴⁴ a garanzia della legittimità dell’azione amministrativa “funzionalizzata” al perseguimento di finalità di pubblico interesse, e costituisce espressione del convincimento che “la legge, come espressione della volontà generale, non possa che essere la migliore possibile quando una disciplina sia stata dettata dalla legge, l’amministrazione, che ha il compito dell’esecuzione, non ne potrebbe fallire gli obiettivi”²⁴⁵. Si tratta, per antonomasia, del controllo rispetto a parametri di legalità il cui esito può consistere in un giudizio di conformità o di difformità totale o parziale rispetto ai predetti parametri legali.

Il controllo preventivo rinviene la propria disciplina nell’art. 24 del r. r. 12 luglio 1934, n. 1214 (per quanto riguarda l’instaurazione del contraddittorio con l’amministrazione), nell’art. 3 della legge n. 20 del 1994 (per quanto concerne l’individuazione degli atti soggetti a controllo) e nell’art. 27 della legge 24 novembre 2000, n. 340, recante “*Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione dei procedimenti amministrativi*” (rispetto alla tempistica).

La legge 15 maggio 1997, n. 127 ha ridotto l’area dei controlli preventivi di legittimità; ne è esempio la soppressione del parere di legittimità del segretario comunale rispetto agli atti degli enti locali, e la contestuale riduzione della tipologia di atti sottoposti a controlli preventivi di legittimità assicurato dai Comitati Regionali di Controllo (Co.Re.Co.)²⁴⁶. La riduzione del novero degli atti sottoposti a controllo è andata di pari passo con la responsabilizzazione della pubblica amministrazione, sollevando l’apparato burocratico da qualsiasi vincolo esterno rispetto all’amministrazione di appartenenza. Con l’intervento di ridimensionamento dei controlli preventivi di legittimità si mirava a un’accelerazione della fase integrativa dell’efficacia del provvedimento, quella in cui l’atto è perfetto ma non produce effetti fin quando non sia stato superato il controllo di regolarità amministrativa e contabile. Tale

²⁴³ A. GRIBAUDO – R. PATUMI (a cura di), *I controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali e gli altri enti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2018. Si legga anche CAROSI, *Le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti e la legge n. 131/03*, Atti del 52° Convegno di Studi Amministrativi, *I controlli sulle autonomie nel nuovo quadro istituzionale*, VARENNA 21-23 settembre 2006.

²⁴⁴ V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, 2013, Milano, pp. 1043 ss.

²⁴⁵ Si veda C. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in Casse (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, I, 220 ss.

²⁴⁶ Eliminato con la riforma del titolo V della Costituzione con legge costituzionale n. 3 del 2001 con l’abrogazione dell’art. 130 della Costituzione.

orizzonte di riforma trovava fondamento nel convincimento che il sindacato sulla mera legittimità non fosse in grado di cogliere la complessità dell'azione amministrativa, non offrendo alcun *“apprezzamento dell'impatto che, sulla realtà economico-sociale va a produrre l'atto sottoposto a controllo”*²⁴⁷.

Sulla scia di queste esigenze, dopo la delineata riduzione degli atti sottoposti a controllo preventivo di legittimità, si è assistito a un nuovo cambio di rotta, in particolare con l'approvazione del d. l. 1° luglio 2009, n. 78 (convertito nella l. 3 agosto 2009, n. 102). Attualmente sono sottoposti a controllo preventivo di legittimità gli atti non aventi forza di legge elencati nell'art. 3 della legge 20/1994 come modificato dalla l. n. 102 del 2009, che ha introdotto altresì atti e contratti di cui all'art. 7, co. 6, del d.lgs. 165/2001 e affidamenti di studi e consulenze di cui all'articolo 1, comma 9, della l. n. 266 del 2005²⁴⁸.

Stando al profilo che più strettamente attiene all'oggetto del presente studio, ossia la contrattualistica pubblica, si osserva che la lettera g) dell'art. 3 della l. 20/1994, seppur con i limiti visti, prevede che siano oggetto di controllo preventivo di legittimità: *“decreti che approvano contratti delle amministrazioni dello Stato, escluse le aziende autonome: attivi, di qualunque importo; di appalto d'opera, se di importo superiore al valore in ECU stabilito dalla*

²⁴⁷ MARCHETTA, *La riforma del controllo della Corte dei conti: genesi e prospettive*, in Atti del convegno di Bari, *La nuova Corte dei conti e l'ordinamento comunitario del controllo sulla spesa pubblica*, Milano, 1995, 135.

²⁴⁸ L'art. 3 della legge 20/1994 1. Il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti si esercita esclusivamente sui seguenti atti non aventi forza di legge:

- a) provvedimenti emanati a seguito di deliberazione del Consiglio dei Ministri;
- b) atti del Presidente del Consiglio dei Ministri e atti dei Ministri aventi per oggetto la definizione delle piante organiche, il conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali e le direttive generali per l'indirizzo e per lo svolgimento dell'azione amministrativa;
- c) atti normativi a rilevanza esterna, atti di programmazione comportanti spese ed atti generali attuativi di norme comunitarie;
- d) provvedimenti dei comitati interministeriali di riparto o assegnazione di fondi ed altre deliberazioni emanate nelle materie di cui alle lettere b) e c);
- e) (lettera abrogata dall'art. 72 del decreto legislativo n. 165 del 2001)
- f) provvedimenti di disposizione del demanio e del patrimonio immobiliare;
- f-bis) atti e contratti di cui all'articolo 7, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001; (lettera introdotta dall'art. 17, comma 30, legge n. 102 del 2009)
- f-ter) atti e contratti concernenti studi e consulenze di cui all'articolo 1, comma 9, della legge 23 dicembre 2005, n. 266; (lettera introdotta dall'art. 17, comma 30, legge n. 102 del 2009)
- g) decreti che approvano contratti delle amministrazioni dello Stato, escluse le aziende autonome: attivi, di qualunque importo; di appalto d'opera, se di importo superiore al valore in ECU stabilito dalla normativa comunitaria per l'applicazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti stessi; altri contratti passivi, se di importo superiore ad un decimo del valore suindicato;
- h) decreti di variazione del bilancio dello Stato, di accertamento dei residui e di assenso preventivo del Ministero del tesoro all'impegno di spese correnti a carico di esercizi successivi;
- i) atti per il cui corso sia stato impartito l'ordine scritto del Ministro;
- l) atti che il Presidente del Consiglio dei Ministri richiama di sottoporre temporaneamente a controllo preventivo o che la Corte dei conti deliberi di assoggettare, per un periodo determinato, a controllo preventivo in relazione a situazioni di diffusa e ripetuta irregolarità rilevate in sede di controllo successivo.

normativa comunitaria per l'applicazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti stessi; altri contratti passivi, se di importo superiore ad un decimo del valore suindicato”.

Il mantenimento del controllo su questi atti rappresenta un momento di garanzia della legittimità delle procedure soggette alla vigilanza. Parte della dottrina ha peraltro fatto rilevare come, in questo caso, il controllo è solo apparentemente preventivo poiché, nella sostanza, esso si indirizza “*al procedimento*” di evidenza pubblica già concluso e perfetto²⁴⁹. La soglia del valore oltre la quale scatta l’obbligo del controllo è data solo dall’importo del contratto, al netto del ribasso d’asta.

Un ulteriore ed importante tipologia di atti da assoggettare a controllo preventivo di legittimità è costituita dai contratti secretati, di cui all’art 162, comma 5 del d.lgs. 50/2016 e di cui si tratterà più ampiamente nel prosieguo del presente capitolo; va sin d’ora rilevato come, avuto riguardo a tale categoria di contratti, sono state potenziate le forme di collaborazione tra ANAC e Corte dei conti, con la sottoscrizione di un ulteriore Protocollo di intesa, che ha rafforzato la sinergia tra le due autorità.

Questa forma di controllo ha come unico parametro di riferimento la legittimità del provvedimento, declinata nelle tradizionali categorie dell’illegittimità, costituite dalla violazione di legge, dall’incompetenza e dall’eccesso di potere, analogamente a quanto accade innanzi alla magistratura amministrativa²⁵⁰. Quanto alle modalità di svolgimento del procedimento si osserva, per brevi cenni, che il controllo in argomento si svolge attraverso un procedimento caratterizzato da una fase monocratica e da un’eventuale fase collegiale. La prima inizia nel momento in cui l’amministrazione trasmette il provvedimento e relativi allegati alla Corte dei conti: in tale fase la competenza è del giudice monocratico (magistrato istruttore) che esamina il provvedimento e la relativa documentazione allegata. Il Giudice istruttore, quando ritiene che il provvedimento sia legittimo, propone al Consigliere delegato di ammetterlo al visto e alla registrazione; ove il Consigliere delegato aderisca alla proposta il procedimento si conclude mediante l’apposizione sull’originale del provvedimento degli estremi di registrazione e la restituzione del provvedimento all’amministrazione. Viceversa, qualora il

²⁴⁹ P. SANTORO, *I controlli sull’attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1992, 282; D’AURIA, *Controlli sulle opere pubbliche di competenza dello Stato*, in Atti del convegno di Venezia de gennaio 1993 su *Attività di controllo sulle opere pubbliche*, Venezia, 1993, 35; SANTORO, *Limiti ed incongruenze del controllo finanziario sull’esecuzione di opere pubbliche*, atti del medesimo convegno, 179.

²⁵⁰ Per un’ipotesi in cui il sindacato dell’autorità giurisdizionale amministrativa è risultato sovrapponibile all’esame della Corte dei conti, si veda TAR Campania, Napoli, sez. II, sentenza 7 gennaio 2013, n. 176 in www.giustizia-amministrativa.it cui un provvedimento amministrativo è stato annullato per mancanza di copertura ritenendosi “*la copertura finanziaria degli atti legislativi ed amministrativi che comportano una spesa pubblica un principio generale ed inderogabile dell’ordinamento, derivante dalle norme di contabilità pubblica e dall’art. 81, quarto comma, della Costituzione. Tale principio ... è ribadito ed applicato sia dal giudice amministrativo che da quello contabile negli ambiti e nei settori di rispettiva competenza giurisdizionale*”.

magistrato istruttore ravvisi profili di possibile illegittimità del provvedimento sottoposto al suo esame, formula all'amministrazione un cosiddetto "rilievo", nel quale chiede chiarimenti o elementi integrativi di giudizio. Se il giudice istruttore ritiene convincenti le controdeduzioni della Pubblica Amministrazione propone al giudice delegato di apporre il visto e procedere con la registrazione; diversamente, propone al consigliere delegato di deferire il controllo in sede collegiale (cui si arriva anche se vi fosse un disaccordo tra le posizioni del giudice istruttore e del consigliere). Con l'intento di accelerare il procedimento di controllo, il co.1 dell'art. 27 della l. n. 340/2000 ha stabilito che gli atti trasmessi alla Corte dei conti per il controllo preventivo di legittimità divengono in ogni caso esecutivi trascorsi sessanta giorni dalla loro ricezione²⁵¹.

La riduzione dell'alveo degli atti sottoposti a controllo preventivo ha determinato il sorgere di posizioni confliggenti in sede dottrinale: da un lato nel senso del favore, ove si privilegi l'efficienza in chiave aziendalistica, dall'altro in senso critico, ove si dia prevalenza all'utilità di tale forma di controllo, che consente di intervenire sul processo decisionale che vede coinvolta la dirigenza pubblica²⁵².

La parziale riduzione degli atti sottoposti a controllo preventivo di legittimità, compresi quelli degli enti locali, ha visto, parallelamente, un ampliamento del novero dei controlli interni di gestione.

La l. 14 gennaio 1994, n. 20, approvata dopo una lunga sequenza di decreti-legge non convertiti, ha dilatato notevolmente la platea dei soggetti controllati, estendendo il controllo sulla gestione a tutte le pubbliche amministrazioni²⁵³. Da tali tipologie di intervento ha preso le mosse il lungo percorso riformatore che ha messo al centro i principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa. Così, come già accennato, la legge 20/1994 ha agito lungo tre direttrici principali: la riduzione degli atti sottoposti a controllo preventivo di legittimità; l'ampliamento del novero dei soggetti pubblici sottoposti a quello di gestione²⁵⁴ e, infine,

²⁵¹ Per una rassegna giurisprudenziale e un approfondimento sulla procedura del controllo preventivo di legittimità si veda il contributo di B. COSSU, *Il controllo di legittimità*, in A. GRIBAUDO – R. PATUMI, *op.cit.*, pp. 409 ss.

²⁵² P. SANTORO, *Le materie di contabilità pubblica*, Maggioli Editore, 2009, pp. 282 ss.

²⁵³ La riforma del '94 si inserisce all'interno di un più ampio processo di rinnovamento della pubblica amministrazione avviato dalle leggi 8 giugno 1990, n. 142 (sulle autonomie locali) e 7 agosto 1990, n. 241 (sul procedimento amministrativo) e proseguito con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (sul pubblico impiego), con la l. 3 aprile 1997, n. 94 (sulla riforma del bilancio dello Stato), la l. 15 marzo 1997, n.59 (sul decentramento amministrativo), la l. 15 maggio 1997, n. 127 (sullo snellimento dell'attività amministrativa) e il d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286 (sul riordino dei controlli interni).

²⁵⁴ L'ampiezza del controllo intestato alla Corte dei conti è dunque tale da ricomprendere al suo interno tutti i soggetti ricadenti nella nozione di pubbliche amministrazioni, così come definita dall'art. 1, co. 2, del d.lgs. 165/2001. La concreta individuazione degli enti soggetti a controllo avviene sulla base di una programmazione annuale effettuata dalle sezioni competenti. Il quadro di riferimento programmatico, anche pluriennale, dei controlli sulla gestione, con relativi indirizzi di coordinamento e criteri metodologici di massima, è deliberato dalle sezioni riunite entro il 30 ottobre di ciascun anno. Secondo un procedimento a cascata, poi, le sezioni centrali e

l'attribuzione di particolare rilievo proprio al controllo di gestione, che verte non sui singoli atti bensì sull'attività amministrativa considerata nel suo concreto e complessivo svolgimento. Al controllo preventivo di legittimità si è così affiancato quello di gestione, al fine di assicurare il miglior uso possibile delle risorse da parte di tutte le amministrazioni, con ciò *“realizzando il passaggio da una Corte dei “conti statali” ad una Corte dei “conti pubblici”*²⁵⁵.

I controlli sulla gestione delle amministrazioni pubbliche vanno quindi ad assumere una dimensione in cui le valutazioni economiche-finanziarie diventano il punto essenziale di riferimento. Si affronta così il tema del controllo *ex post*, che trova pur sempre la *ratio* nella garanzia del miglior utilizzo ed efficiente spendita delle risorse pubbliche, oltre che nel buon esercizio dell'azione amministrativa e nella sana gestione dei beni pubblici: principio cardine su cui deve fondarsi l'amministrazione pubblica, tenuto conto anche dell'influsso della normativa comunitaria, in particolare in tema di appalti²⁵⁶.

Il controllo di gestione trova la propria copertura costituzionale nell'art. 100, co. 2 della Costituzione, sebbene la stessa non delinei un sistema chiuso, ben potendo il legislatore introdurre forme di controllo aggiuntive o diverse rispetto a quelle previste dal sistema costituzionale, al fine di avere per oggetto l'attività amministrativa considerata nel concreto e complessivo svolgimento. La disciplina di rango primario è invece prevista dal co. 4 dell'art. 3 della l. 20/1994, che recita espressamente: *“La Corte dei conti svolge, anche in corso di esercizio, il controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche, nonché sulle gestioni fuori bilancio e sui fondi di provenienza comunitaria, verificando la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione”*. La norma affida inoltre alla Corte dei conti l'accertamento, in base anche agli esiti di altri controlli, della *“rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell'azione amministrativa”*.

La Corte è poi chiamata a definire, su base annuale, sia i programmi che i criteri di riferimento del controllo *“sulla base delle priorità previamente deliberate dalle competenti Commissioni parlamentari a norma dei rispettivi regolamenti, anche tenendo conto, ai fini di referto per il*

regionali di controllo deliberano, nel solco della programmazione generale e previa analisi di fattibilità, i propri programmi di controllo entro il 30 novembre di ciascun anno. Il metodo di selezione degli enti controllati previsti dalla l. 20/1994 prevede, dunque, lo svolgimento di valutazioni discrezionali da effettuare periodicamente in sede di programmazione delle attività.

²⁵⁵ S. CASSESE, *Dal controllo sul processo al controllo sul prodotto*, in *Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione pubblica, Il nuovo sistema di controllo interno nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, IPZS, 1993, p. 53 ss.

²⁵⁶ L'art. 247 Trattato UE assegna alla Corte dei conti il compito di controllare la legittimità e la regolarità delle entrate e delle spese e di accertare la sana gestione finanziaria. Il principio del buon andamento è espressione menzionata nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali della U.E. di Nizza.

coordinamento del sistema di finanza pubblica, delle relazioni redatte dagli organi, collegiali o monocratici, che esercitano funzioni di controllo o vigilanza su amministrazioni, enti pubblici, autorità amministrative indipendenti o società a prevalente capitale pubblico”.

La disposizione rappresenta il momento legislativo di raccordo tra controlli interni ed esterni: è infatti espressamente previsto che il controllo sulla gestione della Corte si eserciti verificando “*il funzionamento dei controlli interni*”. La valutazione sui controlli interni è parte della più ampia analisi sulla valutazione connessa all’esercizio del controllo sulla gestione.

Per controllo interno si intendono le seguenti tipologie di controlli effettuati nell’ambito della rispettiva autonomia:

- a) controllo di regolarità amministrativo e contabile, teso a garantire la legittimità, regolarità e correttezza dell’azione amministrativa, alla quale si dovrebbe provvedere con gli organi già esistenti, quali organi di revisione o gli uffici di ragioneria, nonché i servizi ispettivi; il controllo non comprende verifiche in via preventiva se non nei casi espressamente previsti;
- b) il controllo di gestione con cui si verifica l’efficacia, l’efficienza e l’economicità dell’azione amministrativa, al fine di ottimizzare il rapporto tra costi e risultati, anche mediante tempestivi interventi di correzione; il controllo di gestione supporta la funzione dirigenziale; per evitare che i controlli di gestione siano visti come strumento di responsabilità è stato previsto che non sia configurabile alcun obbligo di denuncia di eventuali danni erariali;
- c) la valutazione della dirigenza finalizzata, per la verifica delle prestazioni del personale con qualifica dirigenziale da parte del responsabile dell’ufficio dirigenziale generale, su proposta del dirigente diretto, con periodicità annuale;
- d) il controllo strategico, il quale valuta l’adeguatezza delle scelte compiute in attuazione di piani e programmi, in termini di congruenza tra risultati conseguiti e obiettivi predefiniti; l’attività è svolta in funzione dell’esercizio del potere di indirizzo e consiste nell’analisi preventiva e successiva della congruenza o dello scostamento tra missioni e obiettivi prescelti ed effettuati e risorse umane, finanziarie, materiali, nonché nella identificazione di fatti ostativi e di eventuali responsabilità e dei possibili rimedi.

Alcune disposizioni hanno reso più puntuale e stringente lo scambio di informazioni con gli organi interni, prevedendo adempimenti specifici per meglio assicurare i riscontri sul mantenimento degli equilibri della finanza pubblica:

–gli organi di revisione degli enti locali trasmettono alle competenti sezioni regionali della Corte di Conti una relazione sul bilancio di previsione e sul rendiconto dell’esercizio di competenza, attenendosi alle linee guida elaborate dalla Sezione autonomie (art. 1, comma 166, l. n. 266/2005);

–gli organi di controllo devono certificare specifiche informazioni sulla contrattazione integrativa da trasmettere alla Corte dei conti tramite il Ministero dell’Economia; devono inoltre essere trasmessi i risultati del monitoraggio eseguito dagli organi di controllo interno sulla riorganizzazione degli uffici e riallocazione delle risorse umane (art.1, comma 411, l. n. 296/2006);

–gli organi di controllo interno delle amministrazioni e degli enti pubblici devono effettuare semestralmente il monitoraggio sulla osservanza del piano di riorganizzazione degli uffici e riallocazione delle risorse umane (art. 1, comma 411, l. n. 296/2006);

–i collegi di revisori e gli organi di controllo interno segnalano alle Sezioni competenti della Corte dei conti eventuali inadempimenti relativamente al processo di riorganizzazione e trasformazione conseguente alla costituzione di società (art. 3, comma 32, l. n. 244/2007).

Sono, dunque, questi i controlli su cui la Corte dei conti può effettuare le verifiche. Il controllo interno è reso nell’interesse dello stesso ente e della comunità degli amministrati, quello esterno per i fini dell’ordinamento generale e dell’intera comunità (Stato - comunità).

Il d. l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla l. n. 213/2012, recante *“Disposizioni urgenti in materia di finanza e di funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012”*, ha potenziato le verifiche sui controlli interni di comuni, province e regioni, nell’intento di rafforzare la partecipazione della Corte dei conti alle verifiche sulla sana gestione finanziaria degli enti territoriali. Il nuovo testo dell’art. 148 del d.lgs. 267/2000 (TUEL), così come appunto riformulato con legge 213/2013 (ed ancora successivamente modificato con l. 11 agosto 2014, n. 116), ha previsto che le sezioni regionali della Corte dei conti, ai fini del rispetto delle regole contabili e dell’equilibrio di bilancio, verifichino con cadenza annuale il funzionamento dei controlli interni dei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti e delle province, sulla base di apposita relazione a firma dell’organo politico. Specularmente, per le amministrazioni regionali, ai sensi del co. 6 dell’art. 1, del d. l. 174/2012, come modificato dal d. l. 91/2014, il Presidente della regione trasmette annualmente alle sezioni regionali di controllo una relazione sul sistema dei controlli interni e sui controlli effettuati. Il rafforzamento dei controlli esterni è stato contestuale rispetto a quello dei controlli interni, anche questi fortemente modificati²⁵⁷.

Essi sono programmati e organizzati da ciascun ente nell’ambito della propria autonomia normativa e organizzativa, al fine di rilevare e intercettare le criticità che possono insorgere

²⁵⁷ L’art. 3 del d. l. 174/2012 ha riformulato il testo dell’art. 147 TUEL e inserito gli articoli 147-bis (*“Controllo di regolarità amministrativa e contabile”*), 147-ter (*“Controllo strategico”*), 147-quater (*“Controlli sulle società partecipate non quotate”*) e 147-quinques (*“Controllo sugli equilibri finanziari”*).

nella gestione dell'ente e manifestarsi in relazione a diversi profili: la legittimazione amministrativa-contabile; gli equilibri finanziari; l'efficienza dell'allocazione delle risorse; la capacità di raggiungere gli obiettivi stabiliti dagli organi di direzione politica; l'attività e i risultati degli organismi partecipati; la qualità dei servizi erogati. L'organizzazione dei controlli interni trova naturale collocazione all'interno di uno specifico regolamento che ogni ente è tenuto ad adottare. Il co. 2 dell'art. 3 del d. l. 174/2012 prevede infatti che gli strumenti e le modalità di controllo interno siano definiti da un regolamento che coordini sotto il profilo organizzativo (soggetti e/o strutture) e degli strumenti utilizzati (sistemi informativi e sistemi informatici) la compresenza degli stessi (salvo il rispetto della previsione del co. 2 dell'art. 1 del d.lgs. 286/1999 che stabilisce che le strutture preposte al controllo di gestione, alla valutazione dei dirigenti e al controllo strategico siano tenute separate da quelle addette al controllo di regolarità, che si fonda sulla sola valutazione sulla legittimità e non anche su altri elementi come opportunità piuttosto che efficacia). L'autonomia nella regolamentazione dei controlli interni trova un bilanciamento nella disposizione, vista sopra, dell'art. 148 del d. lgs. 267/2000 (TUEL) che prevede, appunto, una verifica da parte delle sezioni regionali della Corte dei conti con cadenza annuale.

Ai fini del presente studio, ci si sofferma sul controllo di gestione e su quello strategico.

Ai sensi dell'art. 147 del TUEL²⁵⁸ il primo tra i due, quello di gestione, ha la funzione diretta a *“verificare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa, al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi correttivi, il rapporto tra obiettivi e azioni realizzate, il rapporto tra costi e risultati”*²⁵⁹ tra cui *“la realizzazione degli obiettivi programmati, la corretta ed economica gestione delle risorse pubbliche, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione e la trasparenza dell'azione amministrativa”* (art. 196 TUEL).

Esso si svolge seguendo un ciclo periodico che si articola nelle seguenti fasi²⁶⁰:

²⁵⁸ Recente il contributo sull'argomento di V. GALATRO, *Il controllo di gestione degli enti locali: controlli esterni, controllo della Corte dei conti, customer satisfaction, Ispettorato per la funzione pubblica, controlli interni, responsabile del procedimento, consiglio comunale, controllo delle partecipate*, Officina del diritto, 2018.

²⁵⁹ Per efficacia si intende la capacità di raggiungimento dei risultati, per efficienza quella di massimizzare il rapporto tra risultati ottenuti e mezzi impiegati; infine, economicità come capacità di realizzazione di una gestione che assicuri la copertura dei costi con i ricavi.

²⁶⁰ Sul controllo di gestione, nelle cui linee essenziali non ha subito cambiamenti, già G. FARNETI, A. BORGHI, F. DELFINO, S. POZZOLI, F. BATTINI, *Sistema dei controlli: le prospettive*, in *Azienditalia*, 2005, 9 tratta del controllo di gestione come quello più consono e adatto a verificare il controllo sulla legittimità dell'esercizio della funzione amministrativa. È possibile cogliere alcune discrasie, o incongruenze, tra le risorse impiegate ed i risultati, di conseguenza cogliere eventuali distorsioni. Il controllo sulla gestione deve abbandonare i caratteri formali, al fine di verificare l'effettiva volontà e capacità dell'ente di costruire un processo di programmazione e controllo, quale strumento di contabilità, sistemi operativi, come la valutazione dei responsabili dai quali, effettivamente, dipende la “buona amministrazione”. L'autore ha affermato che il principio di legalità trova la sua più alta espressione sul

- a) predisposizione del budget;
- b) rilevazione e misurazione dei dati della gestione;
- c) rendicontazione dei risultati ai centri di responsabilità e agli organi di vertice;
- d) adozione delle misure correttive volte a colmare gli scostamenti tra obiettivi programmati e risultati conseguiti.

L'obbligo di relazione sul funzionamento dei controlli interni, posto in capo al Sindaco e al Presidente della provincia, si affianca alla disposizione di cui all'art. 198-bis TUEL, secondo cui, i referti devono essere trasmessi alle sezioni regionali di controllo, oltre che agli amministratori e ai responsabili del servizio, così da creare un flusso informativo necessario e trovare un momento di sintesi delle valutazioni.

Il controllo strategico, invece, è finalizzato a verificare lo stato di attuazione delle scelte e degli obiettivi formalizzati nei documenti di pianificazione dagli organi di direzione politica.

Esso si sostanzia in un'attività di collaborazione con l'attività degli organi politici (sindaco, presidente della provincia, Consiglio e Giunta), con lo scopo di supportarli nelle decisioni che possono guidare al pieno raggiungimento degli obiettivi strategici. L'ordinamento degli enti locali prevede l'adozione di numerosi documenti che concorrono a definire il quadro della pianificazione strategica: le linee programmatiche relative alle azioni e ai progetti da realizzare nel corso del mandato, che il sindaco e il presidente della provincia eletti devono presentare al Consiglio entro il termine fissato dallo Statuto (art. 46, co. 3 TUEL) i cui contenuti, a loro volta, sono legati a quelli del programma elettorale presentato dai candidati alla carica di sindaco (art. 71 TUEL); il Documento unico di programmazione (DUP) e, in particolare, la sezione strategica (SeS) che, in coerenza con il quadro normativo di riferimento, individua i principali obiettivi che caratterizzano il programma dell'amministrazione e definisce le politiche che l'ente intende sviluppare (art. 170 TUEL); il bilancio di previsione che abbraccia l'arco temporale di un triennio (art. 162 e ss. TUEL); il piano della performance di cui all'art. 10 del d. lgs. 150/2009; la relazione di inizio mandato di cui all'art. 4-bis del d.lgs. 149/2011. Ulteriori momenti di verifica sono previsti dall'ordinamento finanziario in coincidenza con l'approvazione del rendiconto e, in particolare, dell'approvazione della relazione sulla gestione della Giunta (art. 231 TUEL) e della relazione di fine mandato (art. 4 del d.lgs. 149/2011).

Il circuito "virtuoso" tra indirizzo politico, responsabilità di gestione e controlli interni trova il suo punto di raccordo nel controllo esterno intestato alla Corte dei conti, che verifica l'adeguatezza e la completezza degli stessi e riferisce agli organi assembleari, affinché siano

piano tecnico-operativo, riempito di contenuti che consiste nel recepimento dell'aziendalità degli enti locali e nella razionalità economica dei comportamenti.

messi in condizione di svolgere effettivamente quel controllo democratico sull'attività amministrativa che rappresenta il nucleo concettuale giustificativo della separazione tra indirizzo politico e responsabilità dirigenziale.

Alla luce dell'analisi effettuata sui controlli, si ritiene che l'osservanza delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, invece di essere lasciata al mero accentramento delle responsabilità in capo al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, è tanto più stringente quanto gli impegni assunti dall'organo di indirizzo politico si traducano in elementi compenetrati nella programmazione strategico-gestionale dell'ente, al fine di permettere un più pregnante controllo da parte della Corte dei conti. Dunque, per attuare le disposizioni emanate nel d. lgs. 97/2016, ai sensi dell'art. 1, co. 8, della l. n. 190/2012, come sostituito dal citato d.lgs. 97/2016, e in forza delle previsioni contenute nella deliberazione ANAC n. 831 del 3 agosto 2016²⁶¹, è percorribile, senz'altro, la via della più attenta e puntuale definizione degli obiettivi strategici in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza nei documenti di programmazione strategico-gestionale (ivi incluso il Piano della Performance) da attuare nel triennio di riferimento.

Nei documenti che, come visto, sono oggetto di analisi esterna da parte della Corte dei conti, possono essere utilmente indicati alcuni elementi che costituiscono determinazione di obiettivi strategici in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza, come, in via esemplificativa: le modalità di attuazione e integrazione del sistema di monitoraggio e il risultato del controllo interno (rispetto delle tempistiche procedurali e redazione di relazione annuale da parte dei responsabili dei servizi al fine di tracciare le attività svolte); la definizione più puntuale del ruolo e delle funzioni di ciascun responsabile obbligato a partecipare attivamente alla gestione del rischio, mediante proposte puntuali di misure di prevenzione della corruzione o gestionali di procedimenti disciplinare, sospensione o rotazione del personale e ogni altro adempimento previsto dal piano; le modalità di implementazione della pubblicazione dei dati, documenti e informazioni, al fine di garantire un effettivo e l'assegnazione ai dirigenti di settore del compito di occuparsi della pubblicazione, aggiornamento, completezza e tempestività del flusso informativo; suddivisione di responsabilità e compiti nell'elaborazione di atti di competenza dell'organo collegiale o di quello prettamente di natura gestionale, e come tale emanabile dall'organo monocratico che si deve assumere la responsabilità politica dell'atto. In questo modo, la funzione di controllo della Corte dei conti può avere per oggetto le previsioni in materia di prevenzione della corruzione, che diventano parte integrante degli indirizzi di mandato dell'organo politico. Sebbene non possa essere esercitato il potere sanzionatorio,

²⁶¹ Determinazione di approvazione definitiva del Piano Nazionale Anticorruzione 2016.

nell'esercizio delle funzioni consultive la Corte dei conti può infatti, in un certo senso, coadiuvare e indurre le pubbliche amministrazioni a rispettare e incrementare le misure di prevenzione previste dal piano, grazie alle segnalazioni volte all'autocorrezione per l'eliminazione delle disfunzioni del sistema e criticità gestionali.

È, infatti, proprio nella sede del controllo gestionale che la Corte dei conti ha il potere di chiedere chiarimenti circa lo stato di effettiva applicazione o meno del principio di rotazione di cui all'art. 1, co. 10, lett. b) della l. n. 190/2012 piuttosto che del reale stato di attuazione di misure di natura correttiva, che la stessa Corte dei conti può sollecitare attraverso la richiesta di aggiornamento del piano.

La funzione di controllo di gestione della Corte dei conti, come detto, trova la propria espressione più tipica attraverso atti volti all'autocorrezione della stessa amministrazione fatta destinataria delle attività in esso contemplate. Tale funzione si completa attraverso il collegamento con l'azione che lo stesso Istituto può spiegare, nell'ambito della diversa funzione giurisdizionale, al medesimo intestata in forza dell'art. 103 della Costituzione.

La "saldatura" tra le due funzioni svolte dall'Istituto si attua in particolar modo mediante il canale della segnalazione delle fattispecie di danno erariale che, anche nell'ambito delle attività di controllo, possono emergere e assumere rilievo, sotto il profilo dell'accertamento delle conseguenti responsabilità amministrativo-contabili dei funzionari o amministratori pubblici responsabili di comportamenti illeciti e produttivi di danno erariale.

Laddove nell'ambito dell'esercizio delle funzioni di controllo venga accertata la realizzazione di condotte potenzialmente pregiudizievoli per l'erario, le Sezioni di controllo competenti non si limitano a definire il procedimento con la predisposizione della relazione di competenza, ma sono chiamate alla segnalazione delle fattispecie potenzialmente produttive di danno alle competenti Procure contabili, ai fini dell'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativo-contabile.

Ciò è stato sancito ora in modo esplicito nell'ambito del codice della Giustizia contabile, di cui al d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, adottato in forza della delega contenuta nell'art. 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124: in tal senso è esplicita la disposizione di cui al comma 4 dell'art. 52 *"Obbligo di denuncia di danno e onere di segnalazione"* dello stesso codice, che recita: *"I magistrati della Corte dei conti assegnati alle sezioni e agli uffici di controllo segnalano alle competenti procure regionali i fatti dai quali possano derivare responsabilità erariali che emergano nell'esercizio delle loro funzioni"*.

Come accennato la disposizione prevede un onere di segnalazione in capo ai magistrati della Corte dei conti assegnati alle sezioni e agli uffici di controllo, per i fatti di cui vengano a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni.

La previsione, come chiarito, investe la tematica del rapporto tra le due fondamentali attribuzioni intestate alla magistratura contabile dalla Costituzione, introducendo una norma che delinea nettamente l'ambito dei rapporti tra le due funzioni: le *notitiae damni* rappresentano un canale, e dunque strumento, attraverso cui le risultanze dei controlli possono essere oggetto di denuncia alla Procura contabile, e come tali possono essere inoltrate da parte di magistrati assegnati alla funzione di controllo, nel caso di fatti che possono dare luogo a responsabilità erariale di cui gli stessi siano venuti a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni istituzionali in via diretta o su segnalazione di dipendenti²⁶².

Si è visto dunque come accanto alla funzione di controllo della Corte dei conti vi sia quella che rappresenta la seconda anima della Corte: l'esercizio della funzione giurisdizione che agisce sul piano della responsabilità amministrativo-contabile nella lotta contro la corruzione e nell'impegno costante di affermazione della legalità.

Essa può definirsi quale responsabilità in cui incorre il pubblico agente in conseguenza di un comportamento violativo degli obblighi di servizio, tenuto con dolo o con colpa grave, che abbia arrecato un danno patrimoniale (cioè economicamente valutabile) e ingiusto (scaturendo dalla lesione di una situazione meritevole di tutela) all'Amministrazione stessa.

Attinente all'argomento del presente studio è l'ipotesi di danno da tangente e quello all'immagine cagionato all'amministrazione da propri dipendenti e amministratori. Un'applicazione di questo tipo si è vista nei giudizi contabili originati dalla cosiddetta Tangentopoli²⁶³, che non hanno avuto conseguenze non solo penali ma anche pecuniarie per i pubblici amministratori e funzionari coinvolti nei fenomeni, i quali sono stati condannati a rifondere alla Corte dei conti anche il danno erariale patrimoniale²⁶⁴.

All'interno delle fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa, sovente accompagnate dalla parallela previsione della concorrente responsabilità disciplinare e dirigenziale a carico dell'agente pubblico, risulta possibile l'enucleazione di due distinte categorie²⁶⁵.

²⁶² A. GRIBAUDO, (a cura di), *Il codice della giustizia contabile commentato articolo per articolo*, Santarcangelo di Romagna, 2017, pp. 220 ss.

²⁶³ V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni e controlli*, Milano, 2013, pp. 175 ss.

²⁶⁴ Circa il danno da tangente, tra le altre sentenza "capofila" C. conti, sez. Lombardia, 18 febbraio 1995, n. 136, in *Riv. C. Conti*, 1995, f. 2, p. 122; id., Sez. I centrale, 20 aprile 1995, n. 62 in *Riv. C. conti*, 1995, f.2 e anche in dottrina la nota di CORSETTI – PADULA, *Danno da tangente e giurisdizione della Corte dei conti* nota alla sentenza Cass., sez. un., 2 aprile 1993, n. 3970, in *Giust. civ.*, 1994, 3, I, 767.

²⁶⁵ N. RUGGIERO, *Le fattispecie tipizzate e la responsabilità sanzionatoria*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile* (a cura di) E. F. SCHLITZER – C. MIRABELLI, pp.405 ss.

La prima si connota per il fatto che il legislatore si limita genericamente a ricollegare l'insorgenza della responsabilità erariale al compimento di una determinata azione o attività, senza stabilire sanzioni precise e non derogabili. La tipizzazione, in questo caso, concerne solo il profilo della condotta, ritenuta dal legislatore la responsabilità amministrativa, sulla base di una valutazione preventiva e astratta, in grado di ingenerare altri presupposti che devono sussistere per l'esistenza dell'illecito erariale. La dottrina ha parlato di fattispecie tipizzate di illecito gestorio a carattere "*risarcitorio-patrimoniale*", in contrapposizione a quelle a carattere squisitamente sanzionatorio²⁶⁶.

Nell'ambito delle fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa a carattere non sanzionatorio si segnala proprio l'art. 1, comma 12, della legge n. 190/2012 a mente del quale, in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza definitiva, prevede che: "*il responsabile individuato ai sensi del comma 7 dell'articolo risponde ai sensi dell'art. 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che provi tutte le seguenti circostanze: a) di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al comma 5 e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 del presente articolo; b) di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano*".

Alle fattispecie tipizzate cui è connessa l'insorgenza della responsabilità erariale, si contrappongono quelle, anch'esse oggetto di tipizzazione, ma connotate sia condotta illecita, sia dalla previsione specifica di una determinata sanzione finanziaria svincolata dall'eventuale pregiudizio erariale che da quella medesima condotta possa derivare.²⁶⁷ Esse, pur essendo riconducibili alla più generale categoria della responsabilità amministrativa, in virtù della loro natura tipicamente sanzionatoria, devono necessariamente corrispondere al principio di stretta legalità di cui all'art. 25 Cost., nella molteplice accezione della tipicità, tassatività, determinazione e specificità.

L'intervento giurisdizionale della Corte dei conti può incidere nella lotta contro la corruzione laddove si tratti di giudicare circa l'esistenza della voce di danno "*da disservizio*". Sebbene questa volta la legge 190/2012 non lo contempli espressamente, si può affermare che sia caratterizzato *in primis* dall'inosservanza di doveri del pubblico dipendente, con conseguente diminuzione di efficienza dell'apparato pubblico, e dalla traduzione in una mancata o ridotta

²⁶⁶ M. SASCIA, *Diritto delle Gestioni Pubbliche, Istituzioni di contabilità pubblica*, 2013, p. 750.

²⁶⁷ Ne costituiscono un esempio: art. 30, comma 15, legge 27 dicembre 2002, n. 289 (finanziaria 2003); art. 3, comma 59, della legge 24 febbraio 2007, n. 244; art. 55 *quinquies* d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (come introdotto dall'art. 69, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, c.d. "Decreto Brunetta").

prestazione del servizio o nella cattiva qualità dello stesso. Il danno da disservizio può registrarsi laddove si sia verificato o “un esercizio illecito da pubbliche funzioni”, o “una mancata resa della prestazione dovuta dal pubblico dipendente”, o dal mancato raggiungimento della legalità, efficienza, efficacia, economicità e produttività dell’azione della pubblica amministrazione, per via della disorganizzazione del rispettivo servizio dovuto alla condotta commissiva od omissiva, connotata da dolo o colpa grave, del pubblico dipendente²⁶⁸.

Secondo la giurisprudenza contabile *“il danno da disservizio deve essere provato puntualmente nell' an e nel quantum, non potendosi fondare su prove presuntive o indiziarie; il P.M., quindi, deve fornire la prova che il perseguimento di fini diversi da quelli istituzionali ha comportato una perdita patrimoniale in termini di somme inutilmente spese per perseguire gli obbiettivi stabiliti ma non raggiunti o di spese sostenute per ripristinare l'efficienza perduta (da ultimo)”*. (Corte dei Conti Toscana Sez. giurisdiz., Sent., (ud. 26-09-2018) 18-10-2018, n. 258; sez. Toscana, 26.9.2018 n. 229).

E ancora, *“l'essenza del danno da disservizio (su cui, da ultimo, Sezione II giur. Centr. App. n. 70/2017; Sez. Giur. Abruzzo n. 47/2017, ex plurimis; questa Sezione n. 96/2018), è individuata come quel nocumento del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione tutelati dall'art. 97 della Costituzione, collegati al rapporto di servizio o di mandato elettivo che astringe sia i pubblici dipendenti e assimilati, sia gli organi politici”* (Corte dei Conti Sez. I App., Sent., (ud. 12-07-2018) 24-09-2018, n. 359).

3.2 Forme di collaborazione tra Corte dei conti ed ANAC nella lotta contro la corruzione e rafforzamento del controllo della Corte dei conti nei contratti secretati.

In data 1° febbraio 2017 l’ANAC ha sottoscritto un protocollo di intesa con la Corte dei conti finalizzato a definire spazi di collaborazione tra le due istituzioni, individuando comuni ambiti di cooperazione istituzionale rilevanti per tutti i settori di attività della Corte (Giurisdizione e Controllo) e dell’Autorità (Regolazione e Vigilanza).

Gli ambiti di collaborazione tra le due autorità si sostanziano:

–in segnalazioni e denunce: le parti si impegnano a elaborare criteri selettivi su cui ANAC trasmette segnalazioni, denunce di danni erariali in materia di appalti pubblici, fenomeni corruttivi, violazione delle norme in materia di trasparenza; inoltre le parti individuano tipologie di segnalazioni e casistiche di illeciti che, pur non comportando danno erariale, possono contenere dati significativi che possono essere oggetto di controllo (mancata predisposizione

²⁶⁸ Sez. giur. Puglia, n. 621/2012; Sez. Reg. Umbria n. 371/2004; Sez. giur. Veneto n. 866/2005

dei piani di prevenzione della corruzione o violazione delle regole sulla trasparenza);

–nella cooperazione istruttoria, che concerne l’individuazione delle problematiche di maggiore rilievo, inseribili nella programmazione annuale della Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato o delle Sezioni regionali di controllo o di interesse della Procura regionale;

–nell’elaborazione di indici di anomalia statistica: tale attività si articolerà nella rilevazione di dati, criticità in settori particolari o aree di intervento istituzionale, al fine di analizzare informazioni presenti nelle banche dati rispettivamente utilizzate da ciascuna autorità.

La forma di collaborazione comprende l’uso della digitalizzazione come strumento di contrasto alla corruzione, come emerso da un recente studio scientifico condotto dalla società Forum PA e dalla Corte dei conti, il quale ha messo a confronto la graduatoria di *Transparency International* dei paesi Ue più digitalizzati e la classifica delle nazioni meno corrotte. Il risultato è stato un indice di correlazione del 90 per cento, che segnala come il fenomeno della corruzione diminuisca drasticamente nei paesi dove la pubblica amministrazione utilizza tecnologie digitali. Ciò si giustifica perché l’innovazione tecnologica, fornendo più trasparenza nelle procedure, rende più difficile l’inserimento della *maladministration*.

Partendo dall’innovazione tecnologica è quindi possibile razionalizzare i processi interni e massimizzare l’efficacia dei sistemi di vigilanza, mediante l’elaborazione e il monitoraggio dei dati, per assicurare il controllo dei costi gestionali e l’equilibrio tra le risorse impiegate e le attività realizzate²⁶⁹.

La collaborazione istituzionale ha avuto inoltre per oggetto i contratti secretati.

L’art. 162, comma 5, del d.lgs. 50 del 2016 prevede che la Corte dei conti, tramite un proprio ufficio organizzato in modo da salvaguardare le esigenze di riservatezza, eserciti il controllo preventivo sulla legittimità e sulla regolarità dei contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza, nonché sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione degli stessi. La medesima norma prevede inoltre che la Corte riferisca al Parlamento entro il 30 giugno di ciascun anno dell’attività di controllo svolta. L’art. 162 riproduce infatti sostanzialmente nei primi quattro commi le analoghe disposizioni del previgente art. 17 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, mentre il comma 5²⁷⁰, concernente i controlli della Corte dei conti, modifica il quadro normativo previgente sia sotto il profilo delle attribuzioni sia sotto l’aspetto organizzativo delle

²⁶⁹[Http://www.lab-ip.net/il-rapporto-tra-i-sistemi-di-controllo-e-la-lotta-alla-corruzione-nelle-societa-pubbliche-il-protocollo-d-intesa-tra-anac-e-corte-dei-conti-le-linee-guida-e-il-piano-nazionale-anticorruzione](http://www.lab-ip.net/il-rapporto-tra-i-sistemi-di-controllo-e-la-lotta-alla-corruzione-nelle-societa-pubbliche-il-protocollo-d-intesa-tra-anac-e-corte-dei-conti-le-linee-guida-e-il-piano-nazionale-anticorruzione).

²⁷⁰ Il comma 5 prevede: (a) il controllo preventivo sulla legittimità e sulla regolarità; (b) il controllo sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione; (c) una relazione al Parlamento, entro il 30 giugno di ciascun anno, sull’attività di cui alle precedenti lettere (a) e (b).

nuove funzioni di controllo. Gli elementi di continuità rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 17 del d.lgs. 163/2006 attengono alle attribuzioni di cui alla lettera (b) in nota n. 24, cioè con riferimento al controllo sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione da parte della Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato. Gli elementi di novità, concernono, invece, sia la previsione del controllo preventivo di legittimità sia la previsione della relazione al Parlamento entro il 30 giugno di ciascun anno sull'attività di controllo.

Sotto il profilo organizzativo, il controllo preventivo è affidato a un ufficio della Corte, organizzato in modo da assicurare la tutela delle esigenze di riservatezza, prevedendo che esso si pronunci sulla legittimità e sulla regolarità dei medesimi, nonché sulla regolarità, sulla correttezza e sull'efficacia della gestione, individuando le circostanze che giustificano il ricorso a tali contratti e, ove possibili, le relative modalità di realizzazione. L'ufficio è inoltre chiamato ad assicurare nelle procedure di affidamento la partecipazione di un numero minimo di operatori economici, nonché prevedere l'adeguata motivazione sia nel caso in cui non sia possibile esperire la procedura con un numero minimo di operatori economici, sia nel caso in cui non sia possibile esperire la procedura con un numero minimo di partecipanti, ossia quando la negoziazione con più di un operatore economico sia incompatibile con le esigenze di segretezza.

Il controllo in oggetto si esplica, per analogia, attraverso il disposto del comma 11 dell'art. 3 della legge 14 febbraio 1994, n. 20 e cioè secondo il principio della “doppia conforme”, in base al quale il Collegio²⁷¹ si pronuncia in ogni caso in cui sorge il dissenso tra i competenti magistrati circa la legittimità degli atti.

In data 1° febbraio 2017 è stato stipulato un protocollo volto a disciplinare le forme di collaborazione più strettamente attinenti alla materia dei contratti secretati.

Si tratta di una collaborazione che si muove in due diversi ambiti. Il primo è quello delle segnalazioni, informazioni, esposti e denunce mediante lo scambio reciproco di elementi informativi concernenti l'aggiudicazione, la stipulazione, l'esecuzione di contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza. Il secondo è quello della cooperazione istruttoria mediante l'individuazione di casistiche di rilievo generale, desumibili dall'attività di controllo

²⁷¹ Il nuovo ufficio di controllo è stato costituito con deliberazione n. 1/DEL/2016 adottata dalla Corte dei conti a Sezioni riunite in sede deliberante nell'adunanza dell'8 giugno 2016. L'ufficio in argomento è composto da un Presidente di sezione della Corte dei conti e da quattro Magistrati. Le funzioni di Consigliere delegato al controllo preventivo di legittimità e regolarità sono svolte dal più anziano del collegio di ruolo dei magistrati. Il controllo sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione è svolta dall'Ufficio nella sua composizione collegiale, e degli esiti del medesimo viene dato atto in una relazione predisposta dal magistrato competente e deliberata dal Collegio. Entro il 30 giugno di ogni anno è trasmessa al Parlamento una relazione nella quale l'Ufficio dà conto della complessiva attività di controllo svolta.

della Corte (rilievi istruttori, note di avviso e deliberazioni in sede di controllo preventivo ovvero osservazioni e raccomandazioni in sede di controllo successivo) e da quella di vigilanza dell'Autorità (nella fase antecedente all'aggiudicazione ovvero nella fase esecutiva del contratto). Questa forma di cooperazione ha lo scopo di consentire l'elaborazione di un compendio delle osservazioni rese dalla Corte in sede di controllo preventivo e successivo, nonché l'elaborazione di linee guida da parte di ANAC sui presupposti per il ricorso alla segretezza²⁷², sempre nel rispetto sia delle prerogative istituzionali e del segreto istruttorio, sia delle disposizioni legislative e regolamentari vigenti in materia di obblighi posti per la tutela della segretezza.

4 La Corte dei conti come Istituto garante della trasparenza.

Tra gli elementi significativi, di cui si è trattato nel protocollo di intesa tra ANAC e Corte dei conti del 2015, compare l'indicazione di tipologie di segnalazioni e casistiche di illeciti che, pur non comportando danno erariale, sono *“passibili di contenere dati significativi ai fini delle attività di controllo di competenza della Corte (es: mancanza predisposizione dei piani di prevenzione della corruzione, violazione delle regole sulla trasparenza)”*.

La legge n. 190/2012 ha previsto alcune fattispecie tipizzate di obblighi di segnalazioni alla Corte dei conti per mancati adempimenti agli obblighi di trasparenza e di pubblicazione.

A titolo esemplificativo, all'art. 53 del d.lgs. 165/2001 è stato previsto che il Dipartimento della funzione pubblica debba trasmettere alla Corte dei conti l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di pubblicare, in tutto o in parte, le informazioni relative a consulenze e incarichi affidate all'esterno. In aggiunta, relativamente ai procedimenti attinenti alla scelta del contraente per l'affidamento di lavori, servizi e forniture (anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta) le stazioni appalti sono tenute a pubblicare sui propri siti istituzionali: la struttura proponente; l'oggetto del bando; l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte; l'aggiudicatario; l'importo di aggiudicazione; i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura; l'importo delle somme liquidate. La pubblicazione dei dati di cui sopra deve avvenire oltre che sul sito istituzionale della pubblica amministrazione ed ente di riferimento, anche da parte dell'Autorità (cui essi devono essere trasmessi) per procedere alla pubblicazione sul proprio sito web liberamente consultabile. Anche in questo caso, entro il 30 aprile di ciascun anno, l'Autorità trasmette alla Corte dei conti l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di trasmettere e pubblicare, in tutto o in parte le informazioni in formato digitale standard

²⁷² Si legga la prima relazione al Parlamento sull'attività di controllo esercitata dalla Corte dei Conti ai sensi dell'art. 162, comma 5, del d.lgs. 50/2016 – deliberazione 16 giugno 2017 n. 1/2017/O/UCCS reperibile sul sito www.corteconti.it.

aperto.

In applicazione della citata normativa, la giurisprudenza contabile ha già avuto modo di pronunciarsi, acclarando la sussistenza dei presupposti della responsabilità amministrativa per violazione degli obblighi di pubblicazione in materia di ciclo della *performance*.

Particolarmente significativi appaiono i primi arresti, che riconoscono come ricollegabili causalmente alle condotte inosservanti degli obblighi di pubblicazione anche pregiudizi sotto il profilo erariale, quali danni di natura patrimoniale.

La mancata pubblicazione sul sito web, nella sezione amministrazione trasparente, degli incarichi conferiti da parte della pubblica amministrazione è considerata condizione ostativa per l'erogazione dell'indennità di risultato al soggetto che avrebbe dovuto occuparsene (Corte dei conti, Sez. Giurisd. Puglia, 20 ottobre 2016, n. 384; Corte dei conti, Sez. Giurisd., Puglia, 06 settembre 2018, n. 617).

La giurisprudenza della Corte dei conti, relativamente all'oggetto in argomento, ha avuto modo di pronunciarsi, in particolare, sull'interpretazione dell'art. 11 del D. Lgs 27 ottobre 2009, n. 150 recante *“Attuazione della L. 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni”*, che definisce la trasparenza *“come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e di valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto del principio di buon andamento e di imparzialità”*.

Il comma 8 del detto articolo stabilisce l'obbligo, da parte di ogni amministrazione, di pubblicazione sul proprio sito istituzionale, in una apposita sezione denominata “trasparenza, valutazione e merito”, facilmente accessibile e consultabile, di: *“f) curricula dei dirigenti (...); g) retribuzioni dei dirigenti (...); h) curricula e le retribuzioni di coloro che rivestono incarichi di indirizzo politico ed amministrativo; i) incarichi, retribuiti e non retribuiti conferiti a dipendenti pubblici e a soggetti privati”*.

Nel caso di *“mancato assolvimento degli obblighi di pubblicazione di cui al comma 5 e 8”*, è previsto il *“divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti preposti all'ufficio coinvolto”*. Le Regioni e gli enti locali sono tenuti a garantire la massima trasparenza in ogni fase del ciclo di gestione della *performance*, garantendo l'accessibilità totale, attraverso la pubblicazione anche sul sito istituzionale delle informazioni concernenti i dati analiticamente

indicati.

Spunti conclusivi

A questo punto, ricostruito, senza pretesa di esaustività, il quadro di riforme sistemiche, che, come visto, hanno ad oggetto la previsione di istituti giuridici a presidio della legalità, si può considerare che il fenomeno della corruzione e, in generale, la *maladministration*, rappresentano nuove espressioni del risvolto patologico dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, i cui contorni sono difficilmente definiti e definibili a priori.

Come può altrimenti qualificarsi "*the abuse of entrusted power for private gain*" ("*l'abuso del potere affidato al fine di ottenere un guadagno personale*") se non un vizio di legittimità del provvedimento amministrativo?²⁷³.

In questa prospettiva, gli istituti giuridici e gli atti di regolazione flessibile previsti dalla legge n.190/2012 e dal d.lgs. n. 50/2016 possono essere interpretati come strumenti volti a prevenire violazioni di legge nonché sviamenti di potere che integrano le figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

La legge n. 190/2012 ha rappresentato infatti un cambio profondo nelle modalità di intendere le Pubbliche amministrazioni, chiamate ad essere "*protagoniste*" attive di un processo di sistematizzazione e programmazione delle misure di prevenzione della corruzione e, in generale, della *maladministration*.

Il d.lgs. n. 50/2016 ha invece agito su un duplice fronte: introducendo e rafforzando istituti giuridici deputati a contrastare la corruzione ed elaborando atti di regolazione flessibile e di indirizzo, come le linee guida ANAC, di attuazione delle norme di fonte di rango primario.

A parere di chi scrive, in entrambi i casi si assiste ad un tentativo del legislatore di prevenire i nefasti effetti di un uso illegittimo e distorto del potere pubblico per l'economia e per la società. Sussumendo il discorso nei principi cardine dello studio del diritto amministrativo, atti e comportamenti disfunzionali al corretto esercizio del potere pubblico costituiscono vizi che si insinuano nei meandri delle attività minando in radice il buon andamento della Pubblica Amministrazione, tutelato in Costituzione.

La gamma di comportamenti inquadrabili nell'ampia definizione di *maladministration* se da un lato non sono penalmente rilevanti possono essere considerati prodromici rispetto all'uso

²⁷³J. POPE, „, *"Confronting corruption: The elements of a national integrity System"*, Trasparency International Source Book, 2000.

illegittimo del potere pubblico creando un “clima” disfunzionale. In altri termini, la ripetizione di atti o comportamenti che, pur non essendo contrari ai doveri d’ufficio, mercificano, con varie forme, l’interesse pubblico per il perseguimento di finalità utilitaristiche ed egoistiche costituiscono grave nocumento per i settori nevralgici dell’economia.

Per questa ragione è stato chiesto alle Pubbliche Amministrazioni di proceduralizzare strumenti volti ad individuare e a contrastare quelle prassi che minano nel profondo l’operato sano delle Pubbliche Amministrazioni.

Secondo quanto appena detto non può sottacersi il rilevante risvolto etico della *“riforma di prevenzione della corruzione”*.

Il legislatore ha scommesso sul capitale umano, che, ogni giorno, svolge con spirito di servizio e nel rispetto della Costituzione e della legge, la propria attività per attuare una riforma complessa, impegnativa e coraggiosa.

A sette anni dall’entrata in vigore della Legge Severino si possono trarre le prime conclusioni circa lo stato di attuazione della riforma, delle problematiche sottese alla pianificazione delle misure di prevenzione da cui prendere le mosse per individuare ulteriori prospettive di sviluppo della politica di prevenzione della corruzione.

Il disegno normativo della politica di prevenzione della corruzione, che ha visto come motore principale l’attività di ANAC, ha trovato completa attuazione garantendo non irrilevanti risultati rappresentando un sistema giuridico preso a riferimento a livello europeo ed internazionale.

Tuttavia, come si è dato atto nel primo capitolo, l’attuazione della politica di prevenzione si sta rivelando ostica.

Lo studio ha rilevato alcune problematicità, tra cui: la non coerente predisposizione, principalmente da parte degli enti locali di ridotte dimensioni, dei piani triennali di prevenzione della corruzione rispetto alle linee programmatiche contenute nei piani nazionali anticorruzione; la ripetizione, nei piani triennali, delle misure di prevenzione contenute nel piano nazionale senza alcun adattamento, con conseguente vanificazione dello strumento non calato nella realtà organizzativa dell’ente; il difetto di proporzionalità tra complessità del sistema di prevenzione della corruzione e l’accentramento delle responsabilità in capo al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza.

Al fine di ricercare soluzioni valide per incrementare l’efficacia della politica di prevenzione in ambito amministrativo, particolare attenzione è riposta sulla comparazione e sull’analisi dei punti di contatto con i modelli di prevenzione adottati da enti privati ai sensi del D. Lgs. 231/2001.

Il raffronto tra i modelli, lungi dal dover essere interpretata come un’impropria sovrapposizione

tra le esigenze del “pubblico” con quelle del “privato”, dimenticando le peculiarità del comparto pubblico, si propone di individuare strumenti di misurazione, in parte comuni, delle responsabilità riconducibili, nei diversi organismi pubblici o privati, in capo ai soggetti chiamati ad assumere le iniziative di contrasto e attuare la pianificazione specifica.

A tale proposito, ad avviso di chi scrive, potrebbe prevedersi un più incisivo apporto, e conseguente assunzione di responsabilità, dell’organo di indirizzo politico delle Pubbliche amministrazioni per le ricadute conseguenti alla attuazione degli atti di pianificazione la cui adozione ricade nella loro sfera di competenza. D’altro canto, quanto agli organi chiamati alla gestione della riforma non può non muoversi una nota critica rispetto alla scelta compiuta dal legislatore di esclusiva responsabilizzazione di un unico soggetto (RPCT), perdendo di vista le connessioni e interferenze plurime e complesse dell’attività amministrativa di ciascun ente, la cui tracciabilità, ai fini di prevenzione della corruzione, non può certo essere rimessa all’attività di un unico organo.

Riflessioni ancor più ampie conducono a ritenere che l’effettiva tenuta e realizzazione della politica di prevenzione della corruzione, in fondo, possa contare tanto sulla funzione di controllo che su quella giurisdizionale della Corte dei conti.

Entrambe le funzioni, a mio avviso, dovranno costituire quell’anello di chiusura del cerchio che permetta di affidare l’attuazione della politica di prevenzione non solo ad un’Autorità Amministrativa Indipendente ma all’Istituto costituzionalmente deputato alla tutela dell’erario pubblico.

Per quanto invece concerne la riforma appalti legislatore avrebbe inteso “riconsegnare” alle stazioni appaltanti maggiore autonomia decisionale abolendo il regolamento di attuazione della normativa primaria.

Gli atti di regolazione flessibile hanno infatti soppiantato il regolamento di attuazione e sono stati intesi come strumenti volti a semplificare le procedure di evidenza pubblica ed introdurre elementi di maggiore chiarezza e così implementare le buone prassi in materia.

Tuttavia la scelta oltre ad aver comportato, nuovamente, una stratificazione eccessiva di atti che regolano gli appalti pubblici ha sollevato non pochi dubbi interpretativi circa la collocazione degli stessi nel sistema delle fonti.

Di fatto, l’enunciazione di un maggiore spazio di discrezionalità in capo alle Pubbliche amministrazioni sembra vanificarsi dinnanzi ad un’ansia regolatoria che si traduce nell’emanazione dei più svariati atti da parte di un’Autorità Amministrativa Indipendente della cui legittimazione da alcune parti si dubita.

Da ciò discende una pluralità di atti sostanzialmente vincolanti per le Pubbliche

amministrazioni sebbene formalmente collocate nel sistema delle fonti.

L'analisi, effettuata in particolare nel terzo capitolo, conduce ad interrogarsi se la regolazione flessibile altro non sia, di fatto, che espressione del ritirarsi del legislatore dall'attività di legiferazione in una materia così rilevanti per l'economia del Paese.

Solo con il trascorrere del tempo potrà verificarsi se effettivamente la scelta del legislatore conduca alla semplificazione normativa tanto agognata, anche come strumento di lotta contro la corruzione nella materia degli appalti.

Tuttavia, come visto, l'apporto della funzione consultiva e giurisprudenziale del giudice amministrativo è risultato fondamentale al fine di interpretare le connessioni tra gli atti e le scelte di fondo del legislatore. Va rilevato infatti che alcune disposizioni del Codice sono attuate con decreto ministeriale, quindi sostanzialmente con regolamento; altre con Linee guida dell'ANAC però approvate con decreto ministeriale, quindi sostanzialmente con regolamento; altre ancora con Linee guida non sempre facilmente distinguibili tra vincolanti o non vincolanti per le Pubbliche Amministrazioni e gli operatori economici.

Il Codice dei contratti pubblici, a due anni dall'attuazione, è già al centro di un dibattito in cui *“ci si domanda in particolare se, nella necessaria ottica del rapporto fra costi e benefici (di recente tornata in auge proprio nella materia delle infrastrutture), sia più conveniente per gli operatori e il mercato lasciare in vigore un testo (probabilmente imperfetto, ma) ormai sostanzialmente metabolizzato e per il quale i costi di avviamento sono stati ormai di fatto ammortizzati dal sistema, ovvero se sia preferibile azzerare tale disciplina (in ragione delle sue innegabili criticità) e procedere alla sua integrale riscrittura”*²⁷⁴. Ciò non fa che testimoniare la difficoltà di conferire un definitivo assetto normativo a fenomeni economici in continua evoluzione e che rinvergono le proprie radici nella normativa europea (anch'essa sottoposta a continui mutamenti).

In conclusione, l'approccio globale della politica di prevenzione della corruzione è certamente suggestivo; tuttavia, affinché conduca ai risultati sperati si auspica che essa non si traduca in *“un cantiere perennemente aperto, in eterno sommovimento, nel senso che occorre una ragionevole durata, nel tempo e nello spazio, delle regole destinate a disciplinare le attività private sottoposte in qualche modo a controllo amministrativo; la certezza delle regole, in quanto fondamentale principio ordinante dei modelli di Stato costituzionale, ci dice che lo Stato di diritto deve essere comunque “il punto logico di partenza” di ogni ragionamento, facendosi*

²⁷⁴ C. CONTESSA, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, gennaio 2019,

in questo modo (anche) il bene dell'economia"²⁷⁵.

Bibliografia

ABBAMONTE G., *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 Cost.*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996.

ABBAMONTE O., *Appalti sotto-soglia e certezza del diritto*, Relazione al Convegno organizzato da IGI in Toma il 19/04/2018 in tema di "I contratti sotto-soglia alla luce delle linee guida n. 4/2016".

ALAMGISTI M., LANZALACO L., VERZICHELLI L., *La transizione politica italiana: da Tangentopoli a oggi*, Roma, 2014.

ALBANESI E., *I decreti del Governo "di natura non regolamentare". Un percorso interpretativo, in natura non regolamentare che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, 6, 5075.

AMATO G., *Principio maggioritario e autorità indipendenti*, in *Arel Informazioni*, 2002, n. 1, p.10.

AMORE A., *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D. Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, *Urbanistica e Appalti*, 2017, fasc. 6, p. 765.

AMOROSINO S., op. cit., p. 328; sullo specifico punto della soft law come fonte terziaria del diritto amministrativo si veda

ARENA G., *Trasparenza amministrativa (voce)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5945.

BASSANINI F., PAPARO S., TIBERI G., *Qualità della regolazione: una risorsa per competere, Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, Studi e ricerche, 2006, pp. 13 ss.

BASSI A.—EPIDENDIO T.E., *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006.

BASSI, *Le norme interne*, MILANO, 1963.

BERGOGLIO F.J.M., *Guarire dalla corruzione*, BOLOGNA 2013.

BEVILAQUA F.C. *Responsabilità da reato ex d.lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Milano, 2010.

BILANCIA F., *La crisi dell'ordinamento giuridico rappresentativo*, Padova, 2000.

BILANCIA P., *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1999, 231 ss.. ID., *Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in *Le Autorità indipendenti*, Milano, 1999.

²⁷⁵R. FERRA, *Lo stato di diritto fa bene all'economia. Alcune note a margine alla cd. Legge Madia in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Piemonte delle Autonomie*, Anno II, n. 3, 2015.

BIRKINSHAW P., *Trasparency as a Human Right*, in C. HOOD – D. HEALD (Eds.), *Trasparency: The Key to Better Governance?*, Oxford, 2006, 47 ss.

BRUNELLI D., *Le disposizioni penale nella legge contro la corruzione: un primo commento*, fasc. 23, 5 dicembre 2012, reperibile sul sito internet www.federalismi.it.

CABIDDU M.A. – CALDIROLA D., *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 39 ss..

CALAMANDREI P., *Patologia della corruzione parlamentare*, Roma, 2017 (edizione ristampa).

CANAPARO P., *L'anticorruzione e la trasparenza: le questioni aperte e al delega sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi.it*, 13 gennaio 2016.

CANTONE R., “*La prevenzione della corruzione, i poteri dell'Autorità Lettera del Presidente dell'Anac, Raffaele Cantone, al Corriere della Sera sui responsabili anticorruzione delle P.A.*”, 16 ottobre 2018 sul sito internet <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/News>.

CANTONE R., MERLONI F., (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit. 1 ss; S.

CARBONE L., *Il contenzioso sugli appalti: lo stato dell'arte e le sfide ancora aperte*” - Workshop assonime – 8 maggio 2018 “*Giustizia amministrativa, appalti e buon funzionamento del mercato*”, in www.giustizia-amministrativa.it.

CARINGELLA F. – PROTTO M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, 2017.

CARINGELLA F., GAROFOLI R., SEMPREVIVA M.T., “*L'accesso ai documenti amministrativi*”, Milano, 2007, pp. 1 e 14.

CARLONI E., *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, 2005; I.D. *Amministrazione aperta e governance dell'Italia digitale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 1041.

CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. Dir. Pubblico*, 1930.

CARNEVALE P., *Le politiche sulla legislazione: codificazione e semplificazione*, in RUOTOLO M., (a cura di), *La funzione legislativa oggi*, Napoli, 2007, spec. 56 ss.

CARNEVALE P., *Qualità della legge e politiche di semplificazione normativa fra istanze del mondo economico e risposte del legislatore*, in G. COCCO, (a cura di), *L'economia e la legge*, Milano, 2007, 128.

CAROSI, *Le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti e la legge n. 131/03*, Atti del 52° Convegno di Studi Amministrativi, *I controlli sulle autonomie nel nuovo quadro istituzionale*, VARENNIA 21-23 settembre 2006.

CARPARELLI O., *Parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, d. lgs. n. 50 del 2016, espresso dall'ANAC dopo l'aggiudicazione: è ammissibile il ricorso innanzi al G.A.?*, in *LexItalia.it*.

CASSESE C., *Le basi costituzionali*, in Cassese (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, I, 220 ss.

CASSESE S., *Maladministration e rimedi* (Relazione al Convegno dell'Università commerciale Luigi Bocconi sul tema “*Trasparenza amministrativa e riforme istituzionali: proposte per l'Italia in chiave europea*”, Milano, 14 luglio 1992), in *Foro Italiano*, 1992, fasc. 9, pt. 5, pp. 243-250.

CASSESE S. «*Maladministration*» e rimedi, in *Il Foro Italiano*, 1992, n. 9, V, pp. 243;

CASSESE S., ARCIDIACONO L. e PIZZORNO A. pubblicato in S. CASSESE (a cura di), *La lotta alla corruzione*, Roma, Bari, 1999.

CASSESE S., *Dal controllo sul processo al controllo sul prodotto*, in *Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione pubblica, Il nuovo sistema di controllo interno nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, 1993, p. 53 ss.

CASSESE S., L'ETICA PUBBLICA, IN *GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, 2003, N. 10, P. 1097

CASSESE S., IDEE PER LIMITARE LA CORRUZIONE POLITICA, IN *IL CORRIERE GIURIDICO*, 1992, N. 7, P. 701;

CELOTTO, L'ABUSO DEL DECRETO-LEGGE, PADOVA, 1997, P. 121.

CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, (a cura di) F. MERLONI – L. VANDELLI, Firenze, 2010, 92.

CHELI E., *La produzione normativa: sviluppo del modello costituzionale e delle linee guida di tendenza attuali*

CHIEPPA R., *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno “*Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recedenti dinamiche istituzionali e amministrative*”, Roma, Consiglio di Stato, 14 dicembre 2005 in www.giustizia-amministrativa.it.

CHIEPPA R., *Tipologie provvedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it.

CIAURRO, *La crisi della legge*, in *Rass. Parlamentare*, 1989.

CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, 2005.

CIRILLO G.P., *Diritto all'accesso e diritto alla riservatezza: un difficile equilibrio mobile*, 11 maggio 2004, in www.giustizia-amministrativa.it.

CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 2004, 59 ss.

CLARICH M., *I nuovi obblighi sulla diffusione delle informazioni trasformano gli uffici pubblici in "case di vetro"*, in *Guida al diritto*, 2013, n. 18, 64 ss.

CLARICH M., *I procedimenti di regolazione*, in *Aa. Avv., Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, p. 19.

CLARICH M., *La funzione di regolazione e le fonti del diritto*, in *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 87.

COLACINO L. - CINNANTE, *Trasformazioni dell'amministrazione e potere regolamentare*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. I, Padova, 1998, 691 ss..

COMBA M.E., *Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello italiano*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 10, 1053.

CONTESSA C., CROCCO D. *Dalla legge delega al nuovo "Codice": opportunità e profili di criticità*", nel *Il nuovo codice degli appalti commentato*, Roma, 2016 in www.giustizia-amministrativa.com.

CONTESSA C., *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, gennaio 2019 in www.giustizia-amministrativa.it

CORRADINO M., *È normale...lo fanno tutti. Storie dal vivo di affaristi, corrotti e corruttori*, Milano, 2016.

CORSETTI – PADULA, *Danno da tangente e giurisdizione della Corte dei conti* nota alla sentenza Cass., sez. un., 2 aprile 1993, n. 3970, in *Giust. civ.*, 1994, 3, I, 767.

COSSU B., *Il controllo di legittimità*, in A. GRIBAUDO – R. PATUMI, *op.cit.*, pp. 409 ss.

CUMIN G., *Nuove perplessità sulla capacità di agire delle PP.AA. in ambito negoziale?*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 11, 1191.

D'ALTERIO E., *I nuovi poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: "post fata resurgam" (commento alla legge 27 maggio 2015, n. 69)* in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, 6, 757-767.

D'ALTERIO E., *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, n. 4, 436 ss.

D'AURIA, *Controlli sulle opere pubbliche di competenza dello Stato*, in *Atti del convegno di Venezia* de gennaio 1993 su *Attività di controllo sulle opere pubbliche*, Venezia, 1993, 35.

DALLA CHIESA N., *Dibattito sulla didattica antimafia*, Milano, 19 dicembre 2014.

DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Il libro dell'anno del diritto (2015) – Treccani.it*.

DE MAGLIE G., *L'etica e il mercato*, Giuffrè, Milano, 2002.

DE MAURO G., *Le delegificazioni: modelli e casi*, 1995.

DE MINICO G., *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005, 17 ss.

DE NICTOLIS R., *Il Nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica ed appalti*, 2016, fasc. 5, p. 512.

DE SIERVO U., *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'articolo 17 della legge n 400/1988)*, in *Scritti per Mario Nigro. Lo Stato e amministrazione*, Milano, 1991, 279 ss.

DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, 28 ottobre 2012, in www.penalecontemporaneo.it

DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008.

DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.

DELLE FOGLIE M., *Verso un nuovo sistemi delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, www.giustamm, 2016 ed ivi i riferimenti a L. PALADIN, *Saggio sulle fonti del diritto italiano. Le problematiche della definizione e della individuazione*, in *Quad. cost.* 1993.

DEODATO C., *L'analisi di impatto della regolazione: adempimento burocratico o strumento di buona pratica?* - intervento Convegno a Napoli sui servizi pubblici locali 2014, in www.osservatorioair.it.

DEODATO C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, www.giustizia-amministrativa.it.

DEODATO C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?* in www.giustiziaamministrativa.it, 2016.

DEODATO C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it.

DI COSIMO G., *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2005.

FARNETI G., BORGHİ A., DELFINO F., POZZOLI S., BATTINI F., *Sistema dei controlli: le prospettive*, in *Azienditalia*, 2005, 9

FELIU J. M. G., *Il necessario big-bang dell'anticorruzione nel settore dei contratti pubblici e le forme di controllo*, in *Rivista trimestrale degli appalti, Osservatorio di diritto comunitario e nazionale*, fasc. 1, 2017.

FERRARA R., *Lo Stato di diritto fa bene all'economia. Alcune note in margine alla c.d. Legge Madia in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Piemonte delle Autonomie*, Anno II, n. 3, 2015.

FERRERO F., *Alla fine della fiera: Tangentopoli vent'anni dopo*, 2012.

FIORENTINO e LACAVA (a cura di), in *Quad. giorn. dir. amm.*, 2004, n. 9.

FIorentino L., *Il nuovo codice dei contratti pubblici – le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale di dir. Amm.*, 2016, 4, 436.

FIORINO N. - GALLI E., *La corruzione in Italia*, Mulino, Bologna, 2013, pp. 55 ss.

FOA' S., *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002.

FREGGO LUPPI S. A., *L'amministrazione regolatrice*, 1999.

FREGO LUPPI S.A. *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999.

GALATRO V., *Il controllo di gestione degli enti locali: controlli esterni, controllo della Corte dei conti, customer satisfaction, Ispettorato per la funzione pubblica, controlli interni, responsabile del procedimento, consiglio comunale, controllo delle partecipate*, 2018.

GALETTA - P. PROVENZANO D.U., *Sul d. lgs. n. 97/2016, recante modifiche alla disciplina sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione*, in *Le nuove regole della semplificazione amministrativa. La legge n. 241/1990 nei provvedimenti attuativi della riforma Madia*, (a cura di) M- SANDULLI A., Milano, Giuffrè, 2016.

GALVAZZI G., *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1988, p. 420.

GARDINI G., *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giorn. di dir. amm.*, 2014, 8-9, 875 ss.

GAREGNANI G.M., *Etica d'impresa e responsabilità da reato*, Milano, 2008.

GIUFFRÈ F., *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, 28 dicembre 2016, fasc. n. 25, in *Federalismi.it*, p. 18 ss.

GNES M., *Italy*, in *Anticorruption Strategies within the Competences of the Supreme Audit Institutions in the European Union*, London, Esperia, 2006, p. 283.

GRASSO G., *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, pp. 31 e 40.

GRECO R., *Il Ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici (Convegno "Il nuovo Codice degli appalti dopo le linee guida Anac" Milano, 28-29-30 novembre 2016)* in www.giustizia-amministrativa.it.

GRIBAUDO A. -PATUMI R. (a cura di), *I controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali e gli altri enti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2018.

GRIBAUDO A., (a cura di), *Il codice della giustizia contabile commentato articolo per articolo*, Santarcangelo di Romagna, 2017, pp. 220 ss.

GUERRINI R., *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006.

GULETTA D. U., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013-5/2016*, 2016, in www.federalismi.it.

IBBA C., *Liberalizzazioni, efficienza del sistema economico e qualità della produzione legislativa*, in *Giur. Comm.*, fasc. 2, 2013, p. 242.

LAMBERTI C., *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 12, 1293.

LAZZARA P., *Discrezionalità tecnica ed Autorità indipendenti*, in *A.I.P.D.A., Annuario 2002*, Milano, 2003, 339 ss.

LOMBARDI R., *Contributo allo studio della funzione di controllo: controlli interni e attività amministrativa*, 2003.

LONGOBARDI N., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.

LONGOBARDI N., *L' Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *GiustAmmit*, 2016, fasc. 6, 11

LUCCA M., *Estensione del conflitto interessi e codice di comportamento (nota a margine della delibera ANAC n.1305 del 21 dicembre 2016)*, *LexItalia.it*, 25 gennaio 2017.

LUCCA M., *Il conflitto di interessi nel Codice appalti*, in *Gazzetta degli Enti Locali*, 11 aprile 2018.

LUPO N., *Dai testi unici "misti" ai codici: un nuovo strumentario per le politiche di semplificazione. Commento alla legge n. 229 del 2003*, in *AS*, 2004, pp. 157 ss.

LUPO N., *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2003, 147 ss.

MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.

MARCENÒ V., *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto normativo tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Giur. Cost.*, 2011, 1 999.

MARCHETTA, *La riforma del controllo della Corte dei conti: genesi e prospettive*, in *Atti del convegno di Bari, La nuova Corte dei conti e l'ordinamento comunitario del controllo sulla spesa pubblica*, Milano, 1995, 135.

MARCHIANÒ G., *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2004, fasc. 3, p. 854 ss.

MARCHIANÒ G., *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *Riv. It. di dir. Pub. Com.*, fasc. 1, 2016,

MARI G., *La giurisdizione amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo*, (a cura di) M.A. SANDULLI, vol. I, Milano, Giuffrè, p. 61 ss. e ivi.

MARTINES T., *Diritto costituzionale*, 2000, pp. 31 ss.

MARZONA N., *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, cit. 87 ss.

MARZONA N., *La potestà normativa delle amministrazioni indipendenti*, S. CASSESE – C. FRANCHINI, *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, cit., 46 ss.

MARZUOLI C., “*La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*”, in G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI C., F. MERLONI (a cura di), *La Trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, p.45 e ss.

MASCOLINI, *La direttiva appalti pubblici 2004/18/CE*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2004, n. 2, p. 211 ss.

MATTARELLA B.G., *La centralizzazione delle committenze*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 5, 613.

MATTARELLA B.G., *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, (a cura di) R. CAVALLO PERIN, F. MERLONI, Milano, 2009.

MATTARELLA B.G., *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007.

MATTARELLA B.G., *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*.

MAZZAMUTO M., *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 683 ss.

MERLONI F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

MODUGNO F., *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 della Corte Costituzionale*, 11 luglio 2014, in www.federalismi.it, n. 1.

MONEA A., *Gestione, il modello giusto lima le responsabilità* in *Guida agli enti locali*, 30 agosto 2008, Gruppo Il Sole 24 ORE.

MONEA A., *I profili gestionali da adottare in azienda* in *quotidiano Il Sole 24 ORE, Norme e tributi*, p. 6, 4 agosto 2008; *L'adozione del sistema è centrale nel giudizio* in *quotidiano Il Sole 24 ORE, Norme e tributi*, pag. 6, 4 agosto 2008.

MORBIDELLI G. *Norme “forti” e norme “deboli”*, Milano, 2016.

MORBIDELLI G., *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?* in *Diritto amministrativo*, 2016, fasc. 3, p. 273,

MORBIDELLI G., *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?* in *Diritto amministrativo*, 2016, fasc. 3, p. 273.

MORETTINI S., *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie*, in *Osservatorio sull'AIR*.

MOSCARINI A., *Su decreti del governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giur. Cost.*, 2008, 5075 ss.

MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

NERI V., *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione*, in *Urbanistica ed appalti*, fasc. 2, 6 marzo 2018, p. 145.

NICCOLAI S., *I poteri garanti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, Pisa, 1996.

NICODEMO S., *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002.

OCCHIENA M., *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA – F. SAITTA, (a cura di), *I principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012.

PAJINO A., *La nuova disposizione dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2015, 5, p. 1127.

PAJINO A., *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 3-4-, 1 agosto 2017, n. 549.

PALIERO C. E., *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, 2011, n. spec., p. 5 ss.

PANETTA C., *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giustamm*, n.7, 2016.

PARISI N. - CHIARIMENTI M. L., *Il ruolo di ANAC e l'attuale assetto italiano in materia di prevenzione della corruzione alla luce dell'esigenza di adempimento delle direttive europee in materia di appalti pubblici*, par. 4.1.4.pag. 10.

PARISI N., *Verso l'emersione di un modello internazionale di prevenzione della corruzione*, Focus America Latina, 1 – 22 dicembre 2017, reperibile in www.federalismi.it.

PASCULLI M.A., *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, Cacucci, Bari, 2005.

PATERNITI F., *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, in I NICOTRA, (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, pp. 91 ss.

PELED Y. RABIN R., *The Constitutional Right to Information*, in *Columbian Human Rights Law Reviv*, 2011, 42, 357 s.s..

PESENATO A., *Modello di organizzazione, gestione e controllo ex D. Lgs. n. 231/2001*, Manuali Operativi, III edizione, Ipsoa, 2011.

PEZZI M. G., *La corruzione come “malattia”: implicazioni sociali e culturali del considerare la corruzione come una patologia dello Stato italiano*”, Volume 6 n.s., Issue 1, 2017 reperibile sul sito <http://siba-ese.unisalento.it>.

PIETROSANT A.G I, *I principi generali del processo amministrativo*, p. 111 ss.; M.A. SANDULLI, *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *Dir. e Soc.* 2016; ID., *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull’attività amministrativa (dall’unificazione al Codice)*, in www.federalismi.it, 2015, 18.

POLITI F., *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da G. Treccani, 1995.

PONTI B. (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013.

PORPORATO A., *Il nuovo accesso civico “generalizzato” introdotto dal d. lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della Riforma Madia e i modelli di riferimento*, 14 giugno 2017, in www.federalismi.it.

PROIETTI R., *Contratti della p.a. – le c.d. clausole sociali ed il contemperamento fra valori di rilievo costituzionale*” in *Giur. It.*, 2017, 12, 2715.

PROTTO M., *Il nuovo diritto europea degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2004, n. 7, p. 775 ss.

RIVELLO P., *L’evoluzione normativa volta a fronteggiare i fenomeni corruttivi*, 17 aprile 2018, in www.dirittopenaleglobalizzazione.it.

RIVERDITI M., *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, 2009.

ROLLI R. e. TAGLIATA, *La legittimazione costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti* in www.giustamm.it, 2010.

RUGGIERO G., *Contributo allo studio della capacità penale*, Torino, 2007.

RUGGIERO N., *Le fattispecie tipizzate e la responsabilità sanzionatoria*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile* (a cura di) E. F. SCHLITZER – C. MIRABELLI, pp.405 ss.

SANDULLI A. M., *L’attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970.

SANDULLI A.M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro.it*, 1954, IV, 217 ss

SANDULLI M. A., *L’attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970.

SANDULLI M.A. (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005.

SANTI F., *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2004.

SANTORO P., *I controlli sull’attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1992, 282.

- SANTORO P., *Le materie di contabilità pubblica*, 2009, pp. 282 ss.
- SANTORO, *I controlli sull'attività della pubblica amministrazione*, Milano, 1992, 10.
- SASCIA M., *Diritto delle Gestioni Pubbliche, Istituzioni di contabilità pubblica*, 2013, p. 750.
- SAVINO M., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. di dir. amm.*, 2013, 8-9, 795 ss..
- SCAROINA E. E., *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè-Luiss University Press, Milano-Roma, 2006.
- SCIARRONE R., *Politica e corruzione: partiti e reti di affari da tangentopoli a oggi*, Roma, 2017.
- SCIULLO G., *L'Alto commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle alte forme di illecito nella pubblica amministrazione*, in L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano, 2009, 71 ss.
- SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950.
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*; G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*.
- SUSIO B., *Ma l'integrità è un problema del singolo o dell'organizzazione*, in *Azienditalia, il Personale*, 4, 2016, 207.
- TARLI BARBIERI G., *Atti regolamentari e atti pararegolamentari nel più recente periodo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2000.
- TARLI BARBIERI G., *Regolamenti governativi e ministeriali*
- TENORE V., *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni e controlli*, Milano, 2013, pp. 175 ss.
- TENORE V., *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, 2013, Milano, pp. 1043 ss.
- TITOMALIO R., *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2013.
- TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos* 1-2017.
- TOGNOLETTI B., *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto Amm.*, 2-3/2015, p.389.
- TORCHIA L., *Funzione consultiva e funzione normativa: Il Consiglio di Stato e le riforme*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2016.

TORCHIA L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto amministrativo*, 2-3, 2015, pp. 291 ss.

TORCHIA L., *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, fasc. 2, p. 32.

TORCHIA L., *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, fasc. 2, p. 74.

TUBERTINI C., *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della P.A.*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1999, 1076 ss.

USAI S., *Programmazione e progettazione negli acquisti di forniture e servizi*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 16 giugno 2017 reperibile in [www. appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it).

VIGORITA R. S., *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida ANAC. Quale tutela?*, in *Federalismi.it*, 13 settembre 2017, fasc. 17.

VITALE, *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2004, p. 1128 ss.

ZAGREBELSKY G., *Diritto costituzionale, Il sistema delle fonti del diritto*, in *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, pp. 32 ss.

ZAGREBELSKY G., *Manuale di diritto costituzionale I. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1992, 159.

ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. dir. Pubblico*, 1915, p. 329.

Siti internet

[http:// www.dirittopenaleglobalizzazione.it](http://www.dirittopenaleglobalizzazione.it).

[http:// www.sportelloanticorruzione.it](http://www.sportelloanticorruzione.it)

<http://sna.gov.it/www.sspa.it>.

http://trasparenza.formez.it/sites/all/files/rapporto_ue_anticorruzione_italia_0.pdf.

<http://www.anticorruzione.it>.

http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacd ocs/Attivita/Pubblicazioni/RelazioniAnnuali/2017/rel.anac.2016.doc.06.07.2017_.pdf.

http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacd ocs/Attivita/Pubblicazioni/RelazioniAnnuali/2017/rel.anac.2016.doc.06.07.2017_.pdf.

http://www.corteconti.it/attivita/giurisdizione/Apertura_anno_giudiziario_Relazioni.htmlt.

<http://www.diritto-amministrativo.org>.

<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb>.

<http://www.giustizia-amministrativa.it>.

<http://www.osservatorioair.it>.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content>.

<http://www.diritto-amministrativo.org>.